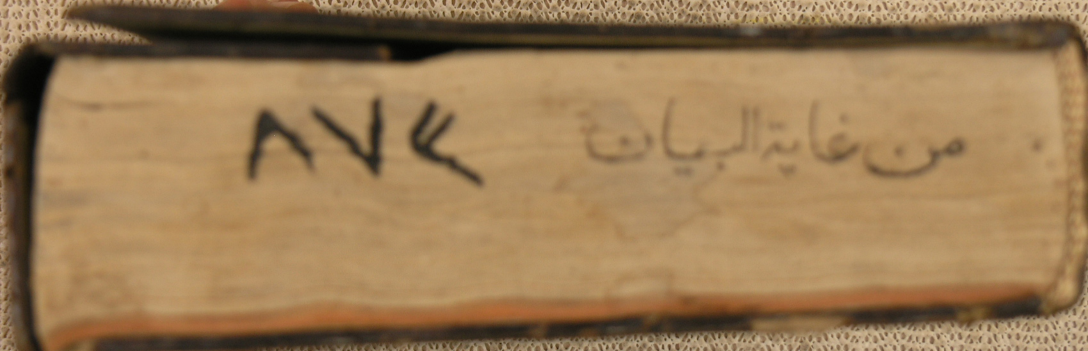
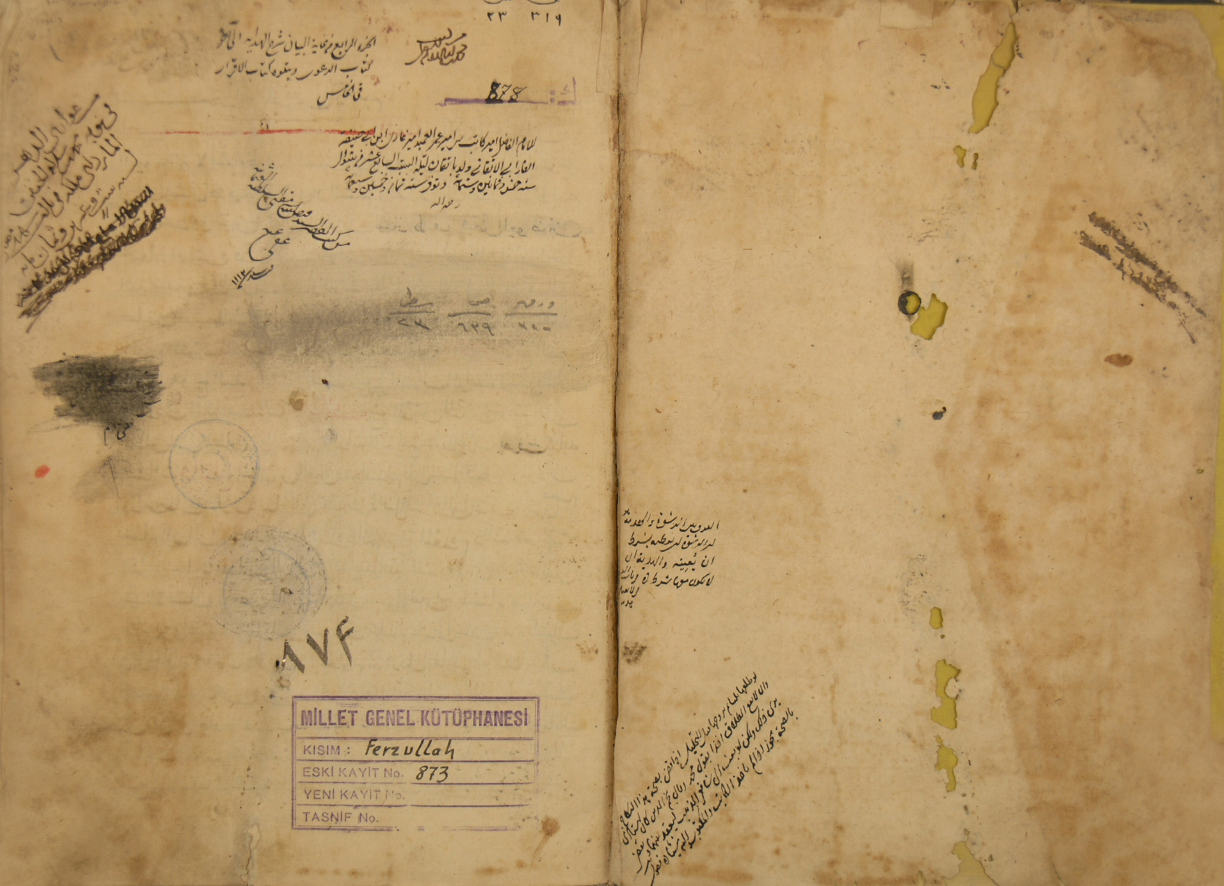

MILLET
873
FEYZULLAH EF




من غاية البيان







٣١٩ ٢٣

الجزء الرابع من غاية البيان شرح الهداية الى آخر
كتاب الدعوى ويتلوه كتاب الاقرار
في الخامس

للامام الفاضل امير كاتب بن امير عمر العميد امير غازي ابن امير حنيفة
الفارابي الاتقاني ولد باتقان ليلة السبت السابع عشر من شوال
سنة خمس وثمانين وستمائة وتوفي سنة ثمان وخمسين وسبعمائة
رحمه الله

من كتب الفقير السيد مصطفى مفتي السلطنة العثمانية
عفي عنه

٨٧٤

بسم الله الرحمن الرحيم — رب يسر وتمم بالخير

باب السلم

لما فرغ عن بيان انواع
البيوع التي لا يشترط فيها القبض لا في العوضين ولا في احدهما شرع
في بيان ما يشترط فيه القبض وهو السلم والصرف لان السلم يشترط فيه
قبض احد العوضين في المجلس والصرف يشترط فيه قبض العوضين
جميعا في المجلس وقدم السلم على الصرف لان الشرط في السلم قبض احد
العوضين وفي الصرف فيهما والترقي ابدا يكون من الادنى الى الاعلى **قال**
صاحب التحفة البيع اربعة انواع احدها بيع العين بالعين كبيع السلع بانواعها
نحو بيع الثوب بالثوب وغيره ويسمى هذا بيع المقايضة **والثاني** بيع العين
بالدين نحو بيع السلع بالاثمان المطلقة وبيعها بالفلوس الرائجة والمكيل والموزون
والعددي المتقارب دينا **والثالث** بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن
المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم والدنانير وانه يسمى عقد الصرف يعرف في كتابه
ان شاء الله **والرابع** بيع الدين بالعين وهو السلم فان المسلم فيه مبيع وهو دين
ورأس المال قد يكون دينا ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين بانفسهما فيصير
عينا ثم القياس ان لا يصح السلم لانه بيع المعدوم ولكنه شرع رخصة
لضرورة حاجة المفاليس لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم وقد روى صاحب السنن فيه باسناده الى ابن
عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه من اسلف في تمرة فليسلف
في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم كذا روى البخاري ايضا وفي رواية في
الصحيح البخاري عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه انه قال من اسلف في
شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم **واما** تفسير السلم فهو ما قال
صاحب التحفة بقوله هو عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن اجلا
يسمى سلما واسلاما وسلفا واسلافا لما فيه من تسليم رأس المال للحال وفي عرف الشرع
عبارة

عبارة عن هذا ايضا مع زيادة شرائط ورد الشرع بها لم يعرفها اهل اللغة
فعن هذا عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح ان السلم اخذ عاجل باجل
لان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع اجل
بعاجل لم يرد الاعتراض ثم ركن السلم الايجاب والقبول بان قال
رجل لاخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او قال اسلفت وقال
الاخر قبلت ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم ايضا ويسمى الاخر المسلم اليه
ولو قال المسلم اليه لاخر بعت منك كر حنطة بكذا وذكر شرائط السلم ينعقد
ايضا لان السلم نوع بيع **واما** شرائط السلم فسنذكرها عند قوله ولا يصح السلم
عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا بسبعة شرائط **واما** حكم السلم فهو ثبوت
الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلا بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال
المعين والموصوف للمسلم اليه معجلا بطريق الرخصة دفعا لحاجة الناس
قوله اجل السلف المضمون اي السلم الواجب في الذمة وهي من الصفات
المقررة لا المميزة كقوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا وكقولهم الحبشي
الاسود والكافور الابيض وهذا لان المسلم فيه واجب في الذمة لا محالة
قوله وانزل فيها اي في السلم وانما انث الضمير على تأويل المداينة ومثل ذلك
جائز كما روى صاحب الجمهرة عن ابي حاتم عن الاصمعي قال قال ابو عمرو
ابن العلاء سمعت اعرابيا يمانيا يقول فلان لغوب جاءته كتابي
فاحتقرها فقلت اتقول جاءته كتابي فقال اليس بصحيفة فقلت له
ما اللغوب قال الاحمق **قوله** وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا
تداينتم بدين اذا داين بعضكم بعضا يقال داينت الرجل اذا عاملته
بدين معطيا او اخذا كما تقول بايعته اذا بعته او باع منك قال رؤبة داينت
اروى والديون تقضى فمطلت بعضا وادت بعضا والمعنى اذا تعاملتم بدين
مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى ليعلم ان من حق الاجل ان يكون معلوما

وعن ابن عباس ان المراد به السلم وقال لما حرم الله الربوا اباح السلف
وعنه اشهد ان الله اباح السلم المضمون الى اجل معلوم في كتابه واذن فيه اطول
اية كذا في الكشاف **قوله** قال وهو جائز في المكيلات والموزونات اي قال القدوري
في مختصره ان السلم جائز في كل كيلي ووزني لقوله عليه السلام من اسلف
في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والاصل هنا ان ما يمكن ضبطه
ويعلم قدره يجوز السلم فيه وما لا فلا والكيليات بهذه المثابة فجاز السلم
فيها وكذا الموزونات ولكن المراد بالموزونات سوى الدراهم والدنانير لانها
اثمان لا تتعين بالتعيين عندنا والمسلم فيه مثمن يتعين بالتعيين فلم يجز السلم فيها
ثم اختلف المشايخ في السلم في الدراهم والدنانير قال بعضهم هو باطل لما قلنا وهو
لا يصح وقال بعضهم ينعقد بيعا بثمن مؤجل لتحصيل غرض العاقدين بقدر الامكان
واختلافهم فيما اذا اسلم غير الاثمان فيها كالحنطة ونحوها في الدراهم والدنانير
اما اذا اسلم الاثمان في الاثمان فلا يجوز باتفاقهم **واما** الذرعي فيجوز السلم
فيه كالثياب والبسط والبواري ونحوها اذا بين الطول والعرض والصفة والنوع
قال في الايضاح والقياس ان لا يجوز السلم في الثياب لانها ليست من ذوات
الامثال الا ترى انه لا يضمن مستهلكها المثل وانما جوزنا استحسانا لان الثياب
مصنوع العبد والعبد يصنع بالالة فاذا اتحد الصانع والالة يتحد المصنوع فلا
يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت وقد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات و
لا يتحمل في الاستهلاكات الا ترى ان الاب لو باع بغبن يسير كان متحملا ولو استهلك
شيئا يسيرا وجب عليه الضمان وقال في الايضاح ايضا ويحتاج الى بيان الوزن
في ثياب الحرير والديباج اذا كان يبقى التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها
تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما
خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه **واما** العددي المتقارب وهو الذي
لا يتفاوت احاده في المالية كالجوز والبيض فيجوز السلم فيه الا ترى انه لا يشتري
بيضة

بيضة بدانق والاخر بفلس فعلم ان التفاوت مهدر عرفا قال في شرح الطحاوي
وصغير البيض وكبيره سواء بعد ان كان من جنس واحد ثم كما يجوز السلم في
العدديات المتقاربة عددا يجوز كيلا ايضا عندنا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه
عددي لا كيلي وروي عن زفر لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد
ولنا ان التفاوت يسير وقد اهدر ذلك في اصطلاح الناس وقال
في ذخيرتهم ولا يكفي العد في المعدودات بل لا بد من ذكر الوزن ثم عندنا
يجوز السلم في بيض النعام ايضا في ظاهر الرواية لانه معلوم مضبوط وعن
ابي حنيفة انه لا يجوز لتفاوت في المالية بين احادها **واما** العددي المتفاوت
وتفسيره ما نقل عن ابي يوسف ما اختلف احاده في القيمة والتحق
اجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر واللالي والادم والجلود
والخشب والرؤس والاكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها الا اذا
بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذوع شيئا معلوما وطولا معلوما
وغلظا معلوما واتى بجميع شرائط السلم والتحق بالمتقارب يجوز وكذا السلم
في الجوالق والمساتق والفراء كذا في التحفة فان قلت السلم ثبت بخلاف
القياس لانه بيع المعدوم وما ثبت بخلاف القياس فغيره لا يقاس عليه وقد
ورد النص في الكيلي والوزني فينبغي ان لا يجوز السلم في الذرعي والعد
العددي المتقارب قلت انما جاز السلم فيهما استحسانا لا قياسا
او نقول ثبت الحكم دلالة لان بذكر الكيلي والوزني امكن التسليم على ما وصف
فكذا بذكر الذرع والعد فان قلت الصريح اقوى من الدلالة وقد صرح رسول
الله صلى الله عليه بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان فينبغي ان لا يجوز السلم في
العددي والذرعي قلت ذاك عام مخصوص خص منه الكيلي والوزني
فيخص المتنازع ايضا لكونه في معناه **قوله** وكذا في الفلوس عددا اي
يجوز السلم فيها عددا وهو ظاهر الرواية وروي عن محمد انه ابطل السلم فيها لانه

ثمن والسلم في الاثمان لا يجوز لكن اذكر في شرح الطحاوي قولهما ان الثمنية في
الفلوس في حقهما ثبتت باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطال
اصطلاحهما فاذا ابطلت الثمنية بقي مثمنا يتعين بالتعيين فجاز السلم وهذا
منع قوله وقد ذكرناه من قبل اي في باب الربوا في مسئلة بيع الفلس بالفلسين
قوله فلا يجوز السلم في الحيوان هذا لفظ القدوري رحمه الله **اعلم** ان السلم
في الحيوان باطل عندنا وعند الشافعي يجوز اذا ذكر النوع واللون والذكورة والسن
بان يقال عبد تركي اسمر ابن سبع طويل او قصير او ربعة ويقول في البعير ثني احمر
من نعم بني فلان غير ناقص الخلقة ويتعرض في الخيل للسن واللون والنوع ويتعرض في
الطيور للنوع والكبر والصغر من حيث الجثة كذا ذكر في وجيزهم وجه قوله
ان المعتبر في عقد السلم ان يكون المسلم فيه معلوما مضبوطا فبذكر الجنس والنوع
والسن والوصف يحصل العلم فبعد ذلك لا يبقى الا تفاوت قليل وذلك ساقط العبرة
كما في الثياب فيجوز السلم **ولنا** ما حدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار قال
حدثنا ابو بشر الرقي قال حدثنا شجاع ابن الوليد عن سعيد بن ابي عروبة عن
معشر عن ابراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه قال السلف في كل شيء الى اجل مسمى لا باس
به ما خلا الحيوان وحدثنا الطحاوي ايضا باسناده الى سعيد بن جبير قال كان حذيفة
يكره السلم في الحيوان وحدث الطحاوي ايضا عن نصر بن مرزوق عن الخصيب
عن حماد عن حميد عن ابي نضرة انه سال ابن عمر عن السلم في الوصفاء فقال لا باس
فقلت ان امراءنا ينهون عنه فقال فاطيعوا امراءكم وامراؤنا يومئذ عبد
الرحمن بن سمرة واصحاب النبي صلى الله عليه فعلم بهذا ان السلم في الحيوان لا يجوز ولان
الاصل في عقد السلم ان لا يجوز لكونه بيع المعدوم الا انه جوز رخصة فيما يعلم ويضبط
بعد ذكر ما قال الخصم يبقى في الحيوان تفاوت فاحش في المالية باعتبار الاوصاف
والخصايص التي تزيد في القيمة حتى ان فرسا يشترى بضعف ما يشترى الآخر وان استويا
في النوع واللون والسن لمعنى في احدهما من حسن المشي والعدو ونحو ذلك دون الآخر
وكذلك

وكذلك في ساير الحيوانات من العبيد والاماء والبقر فاذا كان التفاوت فاحشا لم يجز
السلم لافضائه الى المنازعة لان الاسباب وضعت لدفع المنازعة فبقي الحكم في
الحيوان على الاصل وهو عدم الجواز بخلاف الثياب لانها بعد ذكر الذرع والصفة
والنوع لا يبقى الا تفاوت يسير يتحمل ذلك في المعاملات كما مر بيانه لان الصانع في
الآلة اذا اتحد اتحد المصنوع وليس الحيوان كذلك لانما تحدث فيه تحدث
باحداث الله من غير صنع العباد بلا آلة ولا مثال فظهر الفرق فان **قلت**
روى الطحاوي ايضا باسناده الى ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه استسلف
من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع بان يقضي الرجل
بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه ان
خيار الناس احسنهم قضاء فدل ذلك على ثبوت الحيوان في الذمة **قلت**
قال اصحابنا ان ذلك لم يكن قرضا ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه فلو كان كذلك
لم يقض من ابل الصدقة لان الصدقة حرام على رسول الله صلى الله عليه فكيف
يجوز ان ياخذ حيوانا حتى يعطي حيوانا آخر مقابلته نسيئة وقد حدث صاحب
السنن باسناده الى سمرة عن النبي صلى الله عليه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة
قالوا يحتمل انه استسلف زكوة لحال الحول ولا زكوة على المسلمين فقضاه من حق
الفقراء او يكون استقرض للمسلمين فثبت القرض في بيت المال لا في ذمته فثبت
مع الجهالة **فان قلت** قد حكم رسول الله صلى الله عليه في الدية بمائة من
الابل وفي الجنين بغرة عبد او امة فثبت بذلك ان الحيوان تجب في الذمة **قلت**
قد حكم رسول الله ايضا ان بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لا يجوز فعلم ان الحيوان
لا يثبت في الذمة فلما ورد اصلان متعارضان وفقنا بينهما فقلنا ان ما كان
بدلا عن مال لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالسلم قياسا على بيع الحيوان
نسيئة وما لم يكن بدلا عن مال يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالتزويج او الخلع
على عبد وسط او امة وسط قياسا على ابل الديات وغرة الجنين **قوله** قال

ولا في اطرافه اي قال القدوري ولا يجوز السلم ايضا في اطراف الحيوان كالرؤس
والاكارع لانها عدديات متفاوتة لاختلافها بالصغر والكبر والسمن
والهزال والعددي المتفاوت كالبطيخ والرمان ونحو ذلك لا يجوز السلم فيه
للجهالة فكذا هذا والاكارع جمع كراع الشاة والبقر ويجمع على اكرع ايضا وفي
المثل تعطى العبد الكراع فيطمع في الذراع **قوله** قال ولا في الجلود عددا او
لا في الرطبة جرزا اي قال القدوري في مختصره وعند مالك يجوز السلم في الجلود عددا
وكذا في رؤس الحيوان وعندنا لا يجوز ذلك ما لم يبين طولها وعرضها وصفتها
وكذا يجوز في الرؤس اذا ابيعت وزنا والمسئلة عرفت في المختلف له انه لا تفاوت
فيها قلنا لا نسلم بل فيها تفاوت فاحش ونقل في الخلاصة عن شرح الشافي
فقال ولا باس بالسلم في القت وزنا ولا خير في السلم في الرطبة ولا في الحطب حزما
او جرزا او اوقارا ولا خير في السلم في جلود الابل والبقر والغنم ولا في
الاوراق والادم الا ان يشترط من الورق والادم ضربا معلوم الطول والعرض
والجودة وقال في الشامل في قسم المبسوط ولا يجوز السلم في كل عددي متفاوت
عددا كالبطيخ والاواني والجذوع والحطب اجمالا لان التفاوت فيه فاحش
فيطلب الطالب خيرا مما ياتي به المطلوب فلا ينقطع المنازعة فاذا علم بعض
هذه الاشياء طولا وعرضا جاز لعدم الجهالة المفضية الى المنازعة وقال في الشامل
ايضا ولا خير في السلم في الرطبة لانها تباع حزما وانها متفاوتة كالرمان ويجوز
في القت لانه تباع وزنا قال في الجمهرة وكل شيء جمعته كالاضبارة فقد حزمته
ومنه سميت حزمة الحطب وقال صاحب ديوان الادب الرطبة القضب والجرز بالجيم المضمومة والراء المفتوحة المهملة بعدها الزاء المعجمة جمع جرزة وهي
الحزمة **واما** الجرز بكسر الجيم والزاء المعجمتين فهي جمع جزة وهي الصوف
المجزوز وليس هذا موضعه **قوله** قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا
من حين العقد الى حين محل الاجل اي قال القدوري في مختصره وفائدة هذا
اللفظ

اللفظ ان يشترط وجود المسلم فيه زمان العقد وزمان المحل وفيما بينهما حتى لو كان
منقطعا عند العقد او عند المحل او فيما بينهما لا يجوز السلم ولقب المسئلة ان السلم
في المنقطع لا يجوز عندنا خلافا للشافعي فانه يقول يشترط وجوده عند المحل
فحسب ولثبوت القدرة على التسليم والعجز قبل ذلك لا يعتبر لانه ليس باوان
توجه المطالبة ولنا ما روى ابو داود في سننه باسناده الى ابن عمر عن
النبي صلى الله عليه قال لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وقد شرط عليه السلام
لصحة السلم وجود المسلم فيه حال العقد وهو حجة على الخصم ولان القدرة على
التسليم في البيع شرط وفيما كان منقطعا في بعض هذه الاوقات التي ذكرنا
لا يوجد القدرة على التسليم لانه لا بد للقدرة على التسليم من الاكتساب فلا
يقدر المسلم اليه على اكتساب المنقطع وقوله القدرة على التسليم عند
المحل موجودة قلنا انما يكون القدرة حينئذ موجودة اذا بقي العاقد حيا
الى ذلك الوقت وفي بقائه حيا شك فلا يثبت القدرة بامر مشكوك فان
قال الاصل هو الحيوة وما ثبت يبقى الى ان يوجد دليل الزوال قلنا الاصل يعتبر
لابقاء ما كان على ما كان والقدرة في الحال معدومة فلا يعتبر الاصل لاثبات شيء
يوجد في المستقبل قال الولوالجي في فتاواه وحد الانقطاع ما قاله الفقيه
ابو بكر البلخي ان لا يوجد في سوقه الذي يتجر ويباع فيه وان كان قد يوجد
في البيوت **قوله** ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم
وان شاء انتظر وجوده ذكره تفريعا لمسئلة القدوري قال في الايضاح فان
اسلم فيما هو موجود الى حين حلول السلم فلم يقبض حتى انقطع فالسلم صحيح
على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان
العقد قد صح ولكنه عجز عن التسليم فثبت له حق الفسخ لان المسلم فيه نزل
منزلة المبيع العين فصار بمنزلة اباق العبد يعني قبل القبض والمحل بكسر الحاء
مصدر ميمي من حل الدين **قوله** ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا

ضربا معلوما ومن من مسائل الجامع الصغير قال صاحب التحفة فاما السلم في السمك فقد اضطربت عبارة الروايات عن اصحابنا في الاصل والنوادر والصحيح من المذهب ان السلم يجوز في السمك الصغار وزنا وكيلا ويستوي فيه المالح والطري في حينه واما الكبار ففيه روايتان عن ابي حنيفة في ظاهر الرواية يجوز كيفما كان وفي رواية ابي يوسف في الامالي عنه انه لا يجوز وعلى قول ابي يوسف ومحمد يجوز في ظاهر الرواية كما في اللحم وفي رواية اخرى عنهما لا يجوز بخلاف اللحم في هذا اللفظ رحمه الله وهما فرقا بينه وبين اللحم اذا اشترط مكانا معلوما من الشاة وهذا المعنى لا يوجد في السمك فصار كالسلم في مسالخ الغنم وابو حنيفة انما لم يجوز في اللحم لاختلافه سمنا وهزالا وصغار السمك لا تختلف في هذا المعنى ولا تختلف باختلاف العظام لان عظامه تؤكل معه فجاز العقد **واما** الكبار فتختلف باختلاف السمن والهزال كاللحم ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال يسير بظاهر فيه فصار كالصغار قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة لا يجوز السلم في السمك الطري الا ان يكون في حينه ضربا معلوما قال الفقيه ابو الليث السمرقندي قال بعض الناس هذا الحرف خطا يعني قوله في حينه لان السمك صيد والصيد لا يكون له حين ففي كل وقت يمكن صيده ثم قال الصحيح ما ذكره في الكتاب لان صفة الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق والسمك الطري ربما يوجد في السوق وربما لا يوجد فان اسلم في وقت يوجد في السوق جاز السلم وان اسلم في وقت لا يوجد في السوق لا يجوز والحاصل هنا ما قال في شرح الطحاوي السلم في السمك لا يخلو اما ان كان طريا او مالحا ولا يخلو اما ان يسلم عددا او وزنا فان اسلم فيه عددا طريا كان او مالحا لا يجوز لانه متفاوت فان اسلم فيه وزنا فانه ينظر ان كان مملوحا يجوز وان كان طريا ان كان العقد في حينه والاجل في حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فانه يجوز والا فلا قال ابن دريد سمك مليح ومليح

ولا

ولا تلتفتن الى قول الراجز يطعمها المالح والطريا وذلك مولد لا يوخذ بلغته وقال في ديوان الادب ملح القدر طرح الملح فيها بقدر وفعل هذا يجوز ان يقال سمك مملوح **قوله** ولا خير نفي الجواز على سبيل المبالغة لانه نفي جنس الخير فيفهم منه نفي الجواز بكل الوجوه لانه نفي الخير اصلا **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله للتفاوت **قوله** عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز في لحم الكبار منها اي من السمك وهي رواية الامالي وقد مر انفا **قوله** ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز وهذا من مسائل الجامع الصغير فعندهما يجوز السلم في اللحم اذا بين الجنس بان قال شاة والسن بان قال ثني والنوع بان قال ذكر والصفة بان قال سمين والموضع بان قال من الجنب والقدر بان قال عشرة امناء ووجه قولهما انه اسلم في موزون معلوم فجاز السلم فيه كسائر الموزونات الا ترى ان غاصب اللحم اذا اتلفه يضمن المثل وزنا ويجوز استقراضه وزنا ايضا وتجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطير فانه لا يجوز السلم فيه لانه لا يمكن وصف موضع منه لقلة لحمه ولابي حنيفة رضي الله عنه وجهان احدهما انه يختلف بقلة العظم وكثرته فيثبت الجهالة وهي تؤدي الى المنازعة فلا يصح السلم مع الجهالة لافضائه الى المنازعة فعلى هذا تجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهي رواية الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة **والثاني** انه يختلف باختلاف السمن والهزال لقلة الكلاء وكثرته على اختلاف الاوقات فيفضي الى الجهالة المفضية الى المنازعة فلا يصح السلم وعلى هذا لا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهو رواية ابن شجاع عنه وهذا الوجه هو الاصح وقولهما ان الغاصب يضمن المثل قلنا ذلك ممنوع على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه بل على مذهب ابي حنيفة يضمن القيمة الا ترى الى ما قال في الجامع الكبير في باب من الاستحقاق في البيع ولو ان رجلا غصب من رجل لحما فشواه ثم جاء انسان واستحق

ذلك لا يسقط ضمان الغصب وكان للمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قال
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الصغير الكبير قول محمد في هذه
المسئلة كان للمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم نص على ان اللحم مضمون بالقيمة
دون المثل ولا يوجد الرواية انه من ذوات القيم وليس بمثلي الا في هذا الموضع
يقع في الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل
قولهما ثم قال وذرايت وسط غصب المنتقى روى ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا
استهلك لحما قال عليه قيمته ويمنع الاستقراض وزنا ايضا ذلك مذهبهما ولئن
سلمنا ان اللحم مضمون بالمثل على ما ذكر في التتمة عن اختيار شيخ الاسلام
علي الاسبيجابي رحمه الله ان اللحم مضمون بالمثل وانما يضمن بالقيمة اذا انقطع
عن ايدي الناس فنقول ذلك باعتبار ان المثل اعدل من القيمة لان الاصل في ضمان
العدوان المماثلة والمماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى فيكون اعدل من القيمة لانها
مثل معنى لا صورة وليس استقراض اللحم كالسمك فيه لان السلم لا يكون الا موجلا
فعند حلول الاجل لا يعلم اللحم على اي حال يكون من السمن والهزال بخلاف الاستقراض
فان القبض فيه حال يعاين فلا يقع المنازعة فيه بخلاف السلم فظهر الفرق
وقولهما موزون يصح السلم فيه كالموزونات قلنا ينتقض ذلك بالمشوي
والمطبوخ فان قال الاجزاء من الحيوان فيجوز السلم فيه كالشحم والالية جوابه ان
الفرق بين المقيس والمقيس عليه ظاهر لان الاصل لا تفاوت فيه لانه لا يكون
شحم اسمن من شحم ولا يوجد فيه عظم بخلاف الفرع قال الولوالجي في فتاواه
ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في لحومها لانه سلم في الحيوان وان كان هذا الحيوان
لا يتفاوت لان العصفور لا يتفاوت فصار كالعدديات المتقاربة الا انه بمعنى
المنقطع لانه مما لا يقتنى ولا تحبس للتوالد فيمكن اخذه وقد لا يمكن بخلاف
السمك الطري في حينه لان امكان الاخذ في السمك راجح فكانت العبرة لامكان
الاخذ لا لحقيقة الاخذ واما لحومها من مشايخنا من قال انه لا يجوز اذا اسلم
عددا

عددا اما اذا اسلم وزنا تجوز عندهما كما في اللحم والصحيح انه لا يجوز عددا او
وزنا عندهم جميعا لان المراد من لحم الطيور طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد
فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع ولا كذلك ساير اللحوم واما
اذا اسلم وزنا فيما يقتنى وتحبس للتوالد تكلم المتاخرون فيه منهم من قال على
الاختلاف كما لو اسلم في اللحم ومنهم من قال يجب ان يكون بالاتفاق تجوز وهو
الصحيح وابو حنيفة يقول بينهما فرق والفرق ان ما يقع من التفاوت في اللحم
بسبب العظم وفي الطيور تفاوت لا عبرة بها عند الناس فانه لا تجري المماكسة
فكان بمنزلة عظم الالية وعظم السمك الى هنا لفظ كتابه رحمه الله **قوله** قال
ولا تجوز السلم الا موجلا اي قال القدوري في مختصره **اعلم** ان سلم الحال
وهو السلم بغير اجل لا يجوز عندنا وقال الشافعي تجوز السلم حالا او موجلا له
ما روي عنه عليه السلام انه رخص في السلم ولان الاجل شرع ترفيها وتيسيرا
رخصة وشرع الرخصة لا ينافي العزيمة **ولنا** ما روي في السنن مسندا الى
ابن عباس قال قدم رسول الله صلى الله عليه المدينة وهم يسلفون في التمر السنتين و
الثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم وقد اشترط رسول الله صلى الله عليه الاجل كما ترى ولان عقد
السلم شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس بدليل ما روي عن النبي عليه السلام
انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم فلا بد من بيان الاجل
اذن حتى يكون قادرا على اداء المسلم فيه بالاكتساب في تلك المدة فاذا لم يوجد
الاجل لا يوجد القدرة ويثبت العجز عن الاداء فلا يصح السلم بلا اجل ولان
سلم الحال لو جاز لا يخلو اما ان كان المسلم اليه قادرا على التسليم في الحال او لم
يكن قادرا فان كان قادرا لا يجوز السلم لان السلم شرع رخصة دفعا لحاجة
المفاليس في بيع ما ليس عندهم على ما روي عن النبي صلى الله عليه انه رخص في
السلم والرخصة **استباحة الشيء** مع قيام دليل الحرمة للضرورة ولا ضرورة

منا الى شرعه لانه لما كان قادرا امكنه الوصول الى الثمن بطريق اخر غير
السلم وهو البيع وان لم يكن قادرا على التسليم في الحال لا يجوز سلم الحال ايضا
لوجهين اما لافضائه الى المنازعة لان رب السلم يطالبه بالتسليم في الحال
بحكم العقد والمسلم اليه يمتنع بحكم العجز والمنازعة مفسدة للعقد و
اما لعرا العقد عن مقصوده لان المقصود منه التسليم والتسلم فاذا
كان المسلم اليه عاجزا امتنع المقصود ففسد العقد لا شرعه والجواب عما
روي انه عليه السلم رخص في السلم فنقول ذلك يدل على جواز السلم
بطريق الرخصة والضرورة ونحن نقول به ولكن لا ضرورة في سلم الحال لانه
ان كان قادرا انتفت الضرورة وان لم يكن قادرا انتفى الغرض والمقصود وقد مر بيانا
فان **قلت** معاوضة محضة فلا يكون التاجيل فيها شرطا كما في بيوع
الاعيان **قلت** يبطل ذلك بالكتابة عند الخصم فانه يشترط الاجل
فيها ويبطل ايضا بالسلم في المعدوم **قوله** لم يوجد المرخص اراد بالمرخص
للسلم عجز المسلم اليه **قوله** فبقي على النافي اي بقي الحكم على النافي وهو ما روي انه
عليه السلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان وهذا لان دليل الرخصة لم يوجد
لوجود القدرة على الاداء **قوله** قال ولا يجوز الا باجل معلوم اي قال القدوري
في مختصره وذلك لما رويناه في حديث ابن عباس رضي الله عنهما الى اجل معلوم ولان
الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد معها كما في البيع فلا بد من تعيين
الاجل قال صاحب التحفة ثم لا رواية عن اصحابنا في المبسوط في مقدار الاجل
واختلفت الروايات منهم والاصح ما روي عن محمد انه مقدر بالشهر لانه
ادنى الاجل واقصى العاجل الى هنا لفظ التحفة وقال صاحب الايضاح وتقدير
الاجل الى الشهر قد روي عن محمد بنصف يوم جاز وبعض اصحابنا قدروا اقله
بثلثة ايام استدلالا بمدة خيار الشرط ولانه ليس بصحيح لان التقدير ثمة
بالثلاث بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر **قوله** وقيل ثلاثة ايام
وهو المروي

وهو المروي عن الشيخ ابي جعفر احمد ابن **ابي عمران استاد الطحاوي**
قوله والاول اصح اي تقدير الاجل بشهر هو الاصح لما مر انفا **قوله** ولا
يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه وهذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية معناه اذا لم يعرف مقداره يعني اذا كان لا يعرف مقدار المكيال
والذراع لا يجوز لجواز ان يهلك ذلك فيعجز عن التسليم بخلاف بيع العين
فانه يجوز لان فيه يتعجل القبض فيندر الهلاك وقد مر في اول البيوع وجملة
القول فيه ما قال في شرح الطحاوي ولو اعلم قدره بملء هذه الاناء يجوز
اذا كان لا يدري كم يسع فيه بخلاف بيع فانه اذا قال بعت منك من هذه الصبرة
بملء هذا الاناء بدرهم ولا يدري كم يسع في الاناء فالبيع جائز وروي الحسن
ابن زياد عن ابي حنيفة انه قال لا يجوز بيع العين ايضا لانه بيع ليس بمجازفة
ولا مكايلة وبيع الحنطة انما يجوز على احدهما وقيل هذا اذا كان الاناء من حديد
او خزف او خشب او ما اشبه ذلك مما لا يحتمل الزيادة والنقصان فاما اذا كان
الاناء يحتمل الزيادة والنقصان كالزنبيل والجوالق والغرارة وما اشبه
ذلك فانه لا يجوز بيع العين ايضا الا ان ابا يوسف استحسن في قرب الماء
واجازه وان كان يحتمل الزيادة والنقصان وهو ان يشتري من سقاء كذا
كذا قربة من ماء من هذه القربة وعينها جاز البيع فيه وان كان المسلم
وان كان وزنيا فينبغي ان يعلم قدره بوزن يؤمن فقده من ايدي
الناس وان علم بوزن هذا الحجر ولم يعلم ما وزنه فانه لا يجوز السلم
ويجوز في بيع العين واذا كان السلم ذرعيا فينبغي ان يعلم ذرعه بقدر يؤمن
فقده من ايدي الناس فان علم بخشبة بعينها ولا يدري كم هي او بذراع
يده فلا يجوز السلم لجواز ان يهلك الخشبة او الرجل فلا يدري ما اسلم فيه
وفي بيع العين يجوز الكل من شرح الطحاوي يقال كبس النهر اي طمه **قوله**
قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها اي قال القدوري في مختصره

وجملة القول فيه ايضا ما قال في شرح الطحاوي ولا يجوز في طعام من موضع
بعينه لانه ورد في الخبر وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه انه سئل عن السلم
في تمر فلان فقال اما تمر حايط فلان فلا ارايت لو اذهب الله ثمرة فبما
يستحل مال اخيه فنهى عن ذلك اذا اسلم في حنطة سمرقندا او في حنطة
بخارا او في حنطة اسبيجاب فان السلم لا يجوز لانه يتوهم انقطاعه عن
ايدي الناس فيصير عقد السلم معقودا على خطر الفسخ فلا يجوز ذلك
وكذلك لو اسلم في حنطة هراة لا يجوز للمعنى الذي ذكرنا ولو اسلم في ثوب هراة
واتى بجميع شرايط السلم فانه يجوز والفرق بينهما ان اضافة الحنطة الى
هراة ليس يفيد بيان الجنس والنوع وانما يفيد تخصيص البقعة والمكان فيحصل
السلم في متوهم انقطاعه فلم يجز الا ترى ان السلم يجوز في الحنطة من غير
ان يضيفها الى هراة واما في الثوب فان اضافته الى هراة يفيد بيان الجنس والنوع
ولا تكون لتخصيص المكان والبقعة الا ترى ان السلم لا يجوز بغير ذكر الهروي
فان المسلم اليه اذا اتى بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي فانه يجوز
ويجبر رب السلم على قبوله فثبت ان ذكر هراة في حال ذكر الثوب عبارة عن
بيان جنسه وذكر هراة عند ذكر الحنطة عبارة عن تخصيص البقعة ولو اسلم في
حنطة العراق او في حنطة خراسان فالسلم جايز لان العراق اسم ولاية وكذلك
خراسان فلا يتوهم انقطاعها من ايدي الناس في عامة الولاية بخلاف ولو اسلم
في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها
موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم الكل من شرح
الطحاوي ولم اغيره لفظه للتبرك به **قوله** ولو كانت النسبة الى قرية
لبيان الصفة يعني لبيان الجودة لا باس به على ما قالوا اي على ما قال المشايخ
كالخشمراني ببخارا وهو نوع من الحنطة يسمى بذلك ثمة والبساخي بفرغانة
وهو ايضا نوع من الحنطة عندهم وكذا اذا ذكر النسبة في بيان الصفة كما اذا قال
زندنيجي

زندنيجي تجوز لان الثوب الزندنيجي ما ينسج على صفة معلومة سواء
نسج في تلك القرية او غيرها كما قال في خلاصة الفتاوى لو كان ذكر النسبة
لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشمراني ببخارا فانه يذكر لبيان الجودة
فلا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع **قوله** قال
ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرايط اي قال القدوري في مختصره
ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرايط تذكر في العقد جنس
معلوم ونوع معلوم وصفة معلومة ومقدار معلوم واجل معلوم و
معرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون
والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقال
ابو يوسف ومحمد لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان
التسليم ويسلمه في موضع العقد **اعلم** ان شرايط صحة السلم سبعة
عشر ستة في راس المال واحد عشر في المسلم فيه اما التي في راس المال فاحدها
بيان الجنس انه دراهم او دنانير او من ساير الموزونات كالحديد والقطن
ونحو ذلك او من المكيلات كالحنطة والشعير **والثاني** بيان النوع انها
بخارية او سمرقندية اذا كان في البلد نقود مختلفة فاذا لم تختلف فذكر
الجنس كاف وينصرف الى نقد البلد **والثالث** بيان الصفة من الجودة و
الرداءة والوسط **والرابع** اعلام قدر راس المال اذا كان العقد يتعلق بالمقدار
كالمكيل والموزون والعددي المتقارب على قول ابي حنيفة وسفيان
وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد ليس بشرط وهو
احد قولي الشافعي **واما** اذا لم يتعلق العقد بالمقدار كالثوب فلا يشترط اعلام
القدر ويكتفى بالاشارة والتعيين في الذرعيات في قولهم وذلك لان
الذرعان في الثوب تجري مجرى الوصف ولهذا اذا اشترى ثوبا على انه
عشرة اذرع فوجده زايدا فالزيادة له ولو وجده ناقصا لا يحط شيء من

الثمن ولكن له الخيار في بيع العين اعلام قدر الثمن ليس بشرط بالاجماع اذا
كان مشارا اليه **والخامس** كون الدراهم والدنانير منتقدة عند ابي حنيفة
وعندهما ليس بشرط وهذا بناء على مسئلة اخرى وهو ان المسلم اليه اذا
وجد اكثر راس المال زيوفا فرده واستبدله في مجلس الرد يفسد السلم في المردود
عند ابي حنيفة خلافا لهما فاشترط الانتقاد تحرزا عن الفساد وهما لم يشترطا
والسادس تعجيل راس المال وقبضه قبل افتراق العاقدين بابدانهما سواء
كان راس المال عينا او دينا وقال مالك لا يشترط تعجيله ان كان عينا وان كان دينا
يشترط في قول وفي قول يجوز التاخير يوما او يومين وفي الصرف يشترط
قبل الافتراق بابدانهما اجماعا سواء كان عينا كالتبر والمصوغ او دينا كالدراهم
والدنانير **واما التي في المسلم فيه** فاحدها بيان الجنس كالحنطة والشعير
ونحو ذلك **والثاني** بيان النوع كقولنا سقية او بخسية **والثالث**
بيان الصفة كقولك جيدة او ردية او وسط **والرابع** اعلام قدر المسلم
فيه انه كر او قفيز بكيل معروف عند الناس **والخامس** ان لا يشمل
البدلين احدهما وصفي علة ربوا الفضل وهو القدر المتفق او الجنس لانه ب
حرمة النساء يتحقق به **والسادس** ان يكون المسلم فيه مما يتعلق
بالتعيين حتى لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير وفي التبر لا يجوز على
قياس رواية كتاب الصرف لانه الحقه بالمضروب ويجوز على قياس رواية
كتاب الشركة لانه الحقه بالعروض وهو رواية عن ابي يوسف وفي الفلوس
عددا اهل يجوز ربانه **والسابع** الاجل وفيه خلاف الشافعي وقد مر **والثامن**
ان لا ينقطع من حين العقد الى حين المحل وفيه خلاف الشافعي وقد مر
ايضا **والتاسع** ان يكون العقد باتا ليس فيه خيار الشرط لان الخيار في البيع ثبت
خلاف القياس للحاجة ولا حاجة اليه في السلم ولو ابطلا الخيار قبل
التفرق وراس المال قائم في يد المسلم اليه انقلب جائزا عندنا خلافا لزفر
ولو كان

ولو كان راس المال هالكا لا ينقلب جائزا اتفاقا **والعاشر** بيان مكان
الايفاء فيما له حمل ومؤنة كالحنطة والشعير عند ابي حنيفة رضي الله عنه و
عندهما يتعين مكان العقد للايفاء اذا امكن اما اذا لم يمكن كما اذا كان
العقد في البحر او على راس الجبل لا يتعين مكان العقد بل يسلم في اقرب
المواضع الذي يمكن التسليم فيه وفيما ليس له حمل ومؤنة كالمسك والكافور
واللالي ونحوها في رواية عن اصحابنا يتعين مكان العقد وفي رواية لا
يتعين ويسلم حيث لقيه **والحادي عشر** كون المسلم فيه مضبوطا
بالوصف كالاجناس الاربعة المكيل والموزون والذرعي والعددي المتقارب
فاذا لم يكن مضبوطا كالعددي المتفاوت والذرعي المتقارب كالجواهر و
اللالي والادم والخشب والرمان ونحوها فلا يجوز السلم الا اذا بين من
جنس الجلود والادم والخشب شيئا معلوما وطولا معلوما واتى بجميع شرائط
السلم والتحق بالمتقارب فحينئذ يجوز **قوله** سقية او بخسية و
السقية ما يسقى سيحا والبخسية خلافه ثم الاصل هنا في اشتراط الشرائط ما
روي عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه انه قال
من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
فاشترط رسول الله صلى الله عليه العلم بالمسلم فيه والاجل فصار ذلك اصلا في
ان كل جهالة تفضي الى المنازعة يجب نفيها عن العقد هو المراد من قوله
والفقه فيه ما بينا اشار به الى قوله ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة ولهذا
لم يجز السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره وجه قولهما ان اعلام
قدر راس المال ليس بشرط لان المقصود وهو التعيين يحصل بالاشارة ويكتفى
بها فلا حاجة الى معرفة قدر راس المال كيلا او وزنا كما لو كان ثوبا او حيوانا
وكما لو كان المكيل او الموزون ثمنا في البيع مشارا اليه ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان راس المال ربما يوجد بعضه مستحقا او زيوفا فيرد الزيوف ولا يستبدل

في مجلس الرد فينفسخ العقد ثم لا يعلم في كم بقي العقد وفي كم انفسخ ولا يقال هذا امر
موهوم والموهوم لا يعتبر لانا نقول الموهوم في عقد السلم كالمتحقق لان الاصل عدم
الجواز لكونه بيع المعدوم وانما جوزت اذا وقع الامن عن الغرر من كل وجه واذا
بقي نوع غرر بقي الامر على ما كان وهو عدم الجواز لو تيقنه قوله ارايت لو اذهب الله
ثمرة هذا الحايط ثم يستحل احدكم مال اخيه وليس كذلك الثوب والحيوان لان الذرعان
في الثياب تجري مجرى الوصف ولهذا اذا كان بعض الثوب محترقا فان المسلم اليه
بالخيار ان شاء اخذه بجميع المسلم فيه وان شاء ترك وكذا اذا كان بعض اطراف
الحيوان تالفا والوجه الاخر لابي حنيفة انه احد عوضي السلم فيشترط معرفة قدره
كالعوض الاخر وهو المسلم فيه اذا كان يتعلق العقد على قدره والوجه الاخر انه عقد
يشترط فيه القبض في المجلس فيشترط فيه معرفة القدر كالصرف والقرض فان الاعوض
في معاوضة فلا يشترط فيه معرفة المقدار بعد التعيين كالعوض في البيع والنكاح
والاجارة قلنا يبطل ذلك بالقرض والصرف على انا نقول البيع تحتمل الجهالة في
المقدار في الجنبتين جميعا الا ترى انه لو قال بعتك بملء هذه القصعة طعاما بوزن
هذا الحجر ذهبا جاز وليس السلم كذلك والنكاح يجوز مع جهالة اوصاف المنكوحة
ومهر المثل وكذلك اذا استاجره لينقل صبرة طعام من مكان الى مكان فانه يجوز مع جهالة
مقدار الصبرة والمدة التي ينقل فيها ووجه قولهما ان بيان مكان الايفاء ليس بشرط
لجواز السلم عندهما ان الموجب للتسليم العقد فيتعين مكان العقد اذا لم يعين
مكانا اخر الا انه يتاخر بالاجل فاذا حل الاجل كان الوجوب بالعقد السابق فكانه لا اجل
فيه ولهذا يتعين مكان العقد فيما ليس له حمل ومؤنة وكذا في القرض والغصب فكذا هذا
ووجه قول ابي حنيفة ان تعين مكان العقد للايفاء ليس من مقتضيات العقد
ولهذا اذا عين مكانا اخر صح فلو كان تعين مكان العقد من مقتضيات العقد لم يصح
تعيين مكان اخر لكونه تغيير المقتضى العقد فاذا لم يتعين مكان العقد للايفاء بقي مكان
الايفاء مجهولا فيفضي الى المنازعة لان قيمة الاشياء تختلف باختلاف الاماكن
ودرب السلم

ودرب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم فيه يسلم في موضع يقل ثمنه فيفضي
الى المنازعة فيشترط البيان لقطعها بخلاف القرض والغصب فان وجوب التسليم
ثابت في الحال فكان تعيين القرض والغصب اولى وبخلاف ما ليس لحمله مؤنة
لا تختلف قيمته باختلاف الاماكن بالحمل **قوله** له حمل ومؤنة هو مصدر
حمل الشيء يعنون به ما يثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال وبيانه في لفظ
الاصل ما له مؤنة في الحمل كذا في المغرب **قوله** فهاتان مسئلتان اي
اعلام قدر راس المال وبيان مكان الايفاء مسئلتان مستبدتان تحتاج في
كل منهما الى اقامة دليل من الطرفين **قوله** لشروعه مع المنافي اي لكون
السلم مشروعا مع المنافي وهو كونه بيع المعدوم **قوله** ومن فروعه اي
ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار راس المال يعني اذا قال اسلمت اليك
هذه العشرة الدراهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة كل واحد منهما
من العشرة او اسلم حنطة معينة وشعيرا معينا في كذا منا من زعفران ولم
يبين مقدار واحد منهما لم يجز عند ابي حنيفة خلافا لهما وكذا اذا قال رب السلم
اسلمت اليك هذه الدراهم واشار اليها او هذه الدنانير واشار اليها ولم يعلم
وزنها قال صاحب التحفة هذا اذا اسلم فيما يتعلق العقد فيه بالقدر كالذرعيات
والعدديات المتفاوتة فانه لا يشترط بيان الذرع في الذرعيات والعدد في
العدديات المتفاوتة ولا بيان القيمة فيهما ويكتفي بالاشارة والتعيين في قولهم
جميعا **قوله** فيصير نظير اول الاوقات الامكان في الاوامر يعني ان الجزء الاول
من الوقت يتعين لنفس الوجوب وان لم يتعين لوجوب الاداء لعدم
مزاحمة جزء اخر فكذلك مكان العقد يتعين لوجوب الايفاء لعدم مزاحمة
مكان اخر **قوله** وصار كالقرض والغصب يعني يتعين ثمة مكان القرض
والغصب للتسليم **قوله** وصار كجهالة الصفة اي صار اختلاف المكان كجهالة
الصفة يعني ان باختلاف الصفة في المسلم فيه يختلف القيمة فكذلك باختلاف

المكان ايضا ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم لافضائه الى المنازعة فكذلك لا يجوز
مع جهالة المكان لهذا المعنى فلا بد من البيان **قوله** وعن هذا قال من قال
من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة اي عن
هذا الذي قلنا وهو اختلاف المكان كجهالة الصفة قال بعض مشايخنا ان الاختلاف
في المكان يوجب التحالف عند ابي حنيفة كما اذا اختلفا في صفة الجودة والرداءة
في احد بدلي السلم وقيل على عكسه يعني لا يتحالفان عند ابي حنيفة بل القول قول
المسلم اليه وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الايضاح
وصاحب الكفاية لان المكان يتعين عندهما مقتضى العقد فكان الاختلاف في المكان
كالاختلاف في نفس العقد فيتحالفان ولابي حنيفة ان المكان لا يتعين باقتضاء العقد
ولا يوجب الاختلاف فيه تبديل الاصل فان السلم في المكانين شيء واحد فصار كالاختلاف
في الاجل فلا يتحالفان بخلاف الاختلاف في الوصف لان الاختلاف فيه يجري مجرى
الاختلاف في الذات لان الواجب في الذمة يجب تعيينه وهو غائب عنا فيختلف
الاصل باختلاف الوصف **قوله** وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة
الثمن جعل المكيل او الموزون دينا في الذمة ثمنا في البيع يشترط بيان مكان الايفاء عند
ابي حنيفة خلافا لهما وقال بعض مشايخنا لا يشترط تعيين مكان الايفاء في ثمن
البيع بالاجماع قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير وهو غلط
لان الثمن بمنزلة الاجرة بلا تفاوت ومسألة الاجرة منصوص في كتاب الاجارات
اذا كان الشيء الذي جعل اجرة دينا وله حمل ومؤنة عند ابي حنيفة لا يصح
الا بتعيين مكان الايفاء وعندهما يجوز من غير تعيين وفي تعيين مكان الدار
في اجارة الدار وتعيين مكان تسليم الدابة في اجارة الدابة وصورة القسمة
دار بين رجلين اقتسماها فاخذ احدهما اكثر من نصيب صاحبه وزاد
في نصيب الاخر مكيلا وموزونا دينا في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عند
ابي حنيفة وعندهما لا يشترط **قوله** قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج
فيه الى البيان

فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع اي قال في الجامع الصغير وان كان شيء لا مؤنة
في حمله فلا يشترط بيان مكان الايفاء فيه ويوفيه في المكان الذي يسلم فيه **اعلم**
ان بيان مكان الايفاء لا يشترط لصحة العقد اجماعا فيما ليس لحمله مؤنة
كالمسك والكافور والجواهر واللالي ونحوها ولكن هل يتعين مكان العقد مكانا
للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع الصغير وبيوع الاصل يتعين وذكر في كتاب
الاجارات انه لا يتعين مكان العقد وله ان يطالبه بالتسليم في اي مكان لقيه لانه
لا يتضرر بالتسليم في اي مكان كان وبهذا اخذ مشايخنا رحمهم الله وقال فخر
الدين قاضي خان في شرحه للجامع الصغير بعض مشايخنا قالوا مراده اذا
لم يتنازعا اوفاه في مكان العقد اذا تنازعا اجبر بالتسليم حيث لقيه وقال
في التحفة ولو شرطا مكانا اخر للايفاء سوى مكان العقد ان كان فيما له حمل
ومؤنة يتعين وان كان فيما ليس له حمل ومؤنة فيه روايتان في رواية لا يتعين
وله ان يوفيه في اي مكان شاء وفي رواية يتعين وهو الاصح **قوله** فيما ذكرنا اي
المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة في القيمة حيث لا يختلف باختلاف المحال
ولهذا لو دفع المال مضاربة ليعمل بالكوفة كان له ان يعمل في اي مكان شاء منها
قوله قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه اي
قال القدوري في مختصره والمراد منه المفارقة بالابدان الا ترى الى ما قال في شرح
الطحاوي تسليم راس المال بعينه شرط في مجلس العقد وانما جعل تسليمه الى
المسلم اليه شرطا قبل الافتراق بالابدان الا ترى انهما لو تعاقدا عقد السلم
ومكثا بعد ذلك يوما الى الليل ولم يغب احدهما عن صاحبه ثم سلم راس
المال وافترقا صح السلم **اعلم ان تسليم** راس المال قبل المفارقة شرط
سواء كان راس المال دينا كالدراهم والدنانير او عينا كالتبر والمصوغ والثوب
والحيوان **اما** اذا كان دينا فانما شرط التسليم قبل المفارقة لان الدين لا يتعين الا
بالقبض فاذا افترقا عن غير قبض كان افتراقا عن دين بدين وذلك لا يجوز

لان النبي عليه السلم نهى عن الكالي بالكالي يعني النسيئة بالنسيئة ولان النبي
عليه السلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والسلم والسلف
عبارة عن عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن اجلا فاشتراط تعجيل
راس المال ليتحقق المعنى الذي وضع له الاسم **واما** اذا كان راس المال عينا ففيه
قياس واستحسان ذكرهما صاحب الايضاح وغيره فالقياس ان لا يبطل السلم
بالتفريق قبل القبض لانه افتراق عن عين بعين وذلك ليس بمنهي وفي الاستحسان
يبطل لان الاصل في راس المال ان يكون دينا لا عينا فاذا وقع عينا كان ملحقا
بالاصل ولم يغير شرط الاصل باعتبار هذا الفرد او نقول شرط التسليم
قبل المفارقة لتحقق معنى اسم السلم لانه يدل على التعجيل **قوله** ليتقلب
المسلم اليه فيه اي ليتصرف **قوله** ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار
الشرط لهما او لاحدهما هذا ايضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله
ولانه لا بد من تسليم راس المال يعني ان خيار الشرط لما كان مانعا لانعقاد العقد في
حق الحكم وهو الملك لم يصح القبض لان القبض انما يتم اذا كان بناء على الملك فلما
لم يثبت الملك لم يصح القبض فكان شرط الخيار في السلم مبطلا للعقد لعدم تمام
القبض بخلاف خيار الرؤية في راس المال وخيار العيب حيث لا يفسدان
السلم لانهما لا يمنعان الملك فلم يمنعا تمام القبض ايضا **قوله** وكذا لا يثبت فيه خيار
الرؤية وفيه اشكال لان الضمير في قوله فيه **اما ان** يراد به راس المال او المسلم فيه
فلا يجوز الاول لان خيار الرؤية ثابت في راس المال ولهذا صرح في التحفة ان
خيار الرؤية في راس المال لا يفسد السلم لانه لا يمنع ثبوت الملك ولا يجوز الثاني
ايضا لانه لا يرتبط الكلام لان سوق كلامه ان تسليم راس المال شرط قبل
المفارقة واوضح ذلك بعدم صحة السلم بخيار الشرط وبقي قوله وكذا لا يثبت فيه
خيار الرؤية اجنبيا **قوله** لانه غير مفيد يعني لا يفيد خيار الرؤية فائدته لان
فائدته الفسخ في باب بيع العين والفسخ في السلم لا يتحقق بحكم الرؤية لانه لا يرد
على

على عين ما تناوله العقد لان ما تناوله العقد دين ثابت في الذمة والمقبوض
ليس هو بعينه فاذا رد المقبوض عاد حقه في مثله فلا يثبت خيار الرؤية لعدم
الفائدة **قوله** ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا
لزفر لان البيع وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا **ولنا** ان المفسد ارتفع قبل تقرره
فصار كانه لم يكن **قوله** وقد مر نظيره اي في باب البيع الفاسد وهو انه اذا باع
الى اجل مجهول كالحصاد والدياس ونحوها ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل الاجل
جاز عندنا خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا باع بشرط الخيار ابدا ثم اسقط الخيار
قبل مضي ثلاثة ايام وانما قيد بقوله وراس المال قائم لان اسقاط خيار الشرط اذا
كان بعد هلاك راس المال لا ينقلب العقد الى الجواز اتفاقا **قوله** وجملة الشروط جمعوها
في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء
والقدرة على تحصيله قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وشرايط السلم عند ابي
حنيفة خمسة اشياء اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان
المكان الذي يوفيه وفي قولهما هكذا الا في شيئين اعلام راس المال وبيان المكان
الذي يوفيه فيه وقول الشافعي مثل قولهما الا في الاجل الى هنا لفظ الفقيه رحمه الله
ثم قوله اعلام راس المال يشمل بيان الجنس والنوع والصفة والقدر واراد بتعجيل
راس المال تسليمه قبل المفارقة بالابدان وقوله واعلام المسلم فيه يشمل بيان الجنس
والنوع والصفة والقدر ايضا واراد بتاجيله تاجيله الى اجل معلوم على حسب
ما يرى العاقدان واراد بالقدرة على تحصيله ان لا يكون منقطعا وكان الفقيه لم
يذكر هذا الشرط في الضابط لما ان عدم الانقطاع وان كان شرطا لصحة السلم لكن
ذكره ليس بشرط لانعقاد السلم لان الانقطاع عارض في الاصل عدمه وهذه الشروط
متفق عليها جميعا عند قوله ولا يصح عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط ولو قيل في الضابط وان
يمكن تحصيله اذ قيل وان يستطاع تحصيله كان اولى لرعاية السجع **قوله** فان اسلم
مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة

الدين باطل وهذه من مسائل الجامع الصغير **اعلم** ان السلم في حصة الدين باطل
لانه دين بدين وقد نهى رسول الله صلى الله عليه عن ذلك وان نقد الدين
قبل الافتراق صح لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعا
ملات وان عينت فصار الاطلاق والتعيين سواء ثم لا يشيع الفساد
ولا يثبت في حصة النقد بفساد حصة الدين اذا لم ينقده قبل الافتراق
لان الفساد ليس في صلب العقد بل هو طارئ لان السلم صح في الكل
ولهذا اذا نقد الدين قبل الافتراق جاز وانما ثبت الفساد في حصة الدين
بالافتراق من غير قبض **اما اذا اطلق** السلم بالمائتين ثم قاصا مائة
منها بما على المسلم اليه فظاهر لا اشكال فيه لان العقد صح في الكل وانما
وقع الفساد في احدى المائتين بالافتراق من غير قبض وكذا اذا اضاف
العقد الى الدين لان الدراهم لا تتعين اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا و
لهذا قالوا اذا باع شيئا بدين ثم تصادقا ان لا دين عليه لا يبطل البيع فاذا لم
يتعين الدين صار الاضافة اليه والاطلاق سواء ولا يرد مسئلة المنظومة
سؤالا على ما نحن فيه وهي قوله ∴ ان كان راس المال نوعين نقد هذا ودين
ذاك والكل فسد ∴ ان لم يبين قسط ذا وقسط ذا ∴ والبر والشعير والزيت
كذا حيث شاع الفساد على مذهب ابي حنيفة في الكل وهنا لم يشع بل بطل في
حصة الدين لان ثمة راس المال نوعان دراهم والدنانير احد النوعين دين و
الاخر عين فاذا بطل في حصة العين ايضا لانه لا يعلم في كم بقي وفي كم انفسخ
فلاجل هذا قيد صاحب المنظومة بقوله ان لم يبين قسط ذا وقسط ذا اشارة
منه الى انه اذا بين قسط كل واحد من النوعين لا يتعدى الفساد الى النقد عند
ابي حنيفة ايضا وهنا في مسئلة الهداية وهي مسئلة الجامع الصغير راس المال نوع
واحد وهو الدراهم لكن نصفها عين ونصفها دين فاذا بطل في النصف الذي هو دين
لم يكن قدر الباقي مجهولا بل هو معلوم فلم يشع الفساد الى العين الا ترى ان صاحب
الهداية

الهداية قال مثل ما قال صاحب المنظومة ايضا قبل هذا حيث قال ومن فروعه اذا
اسلم في جنسين ولم يبين راس مال كل واحد او اسلم جنسين ولم يبين مقدار
احدهما كما اذا اسلم عشرة دراهم في كر حنطة وكر شعير من غير بيان حصة
الحنطة وحصة الشعير او اسلم حنطة معينة وشعيرا معينا في كذا منا من الزعفران
لا يجوز عند ابي حنيفة خلافا لهما **قوله** لما بينا اشارة الى قوله وقد نهى النبي صلى
الله عليه عن الكالي بالكالي **قوله** وهذا لان الدين لا يتعين في البيع اشارة الى
قوله اذ السلم وقع صحيحا **قوله** ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل
القبض وهذه من مسائل القدوري اما لم يجز التصرف في راس المال قبل القبض لان
قبضه قبل الافتراق بالابدان شرط لصحة عقد السلم حقا لله تعالى لئلا يلزم
الكالي بالكالي فاذا اجاز التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك يفوت الشرط فيفسد
العقد وهذا معنى قوله لما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد اما لم يجز التصرف
في المسلم فيه قبل القبض لان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما روي
في السنن مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه قال من ابتاع
طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وانما قيد بقوله قبل القبض احترازا عما بعد القبض ولهذا
قال في شرح الطحاوي ولا باس ان يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه اياه مرابحة على راس
المال وان يبيعه تولية وان يبيعه مواضعة وان يشرك فيه غيره كما لو اشترى
عينا لان المقبوض بعقد السلم يجعل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد فصار كما لو
اشترى عينا براس المال ان كان مثليا يجوز له ان يبيع مرابحة عليه وان كان
غير مثلي لا يجوز ان يبيعه مرابحة عليه الا اذا باعه ممن عنده بدو بزيادة ربح
عليه معلوم فيجوز **قوله** ولا تجوز الشركة والتولية هذا ايضا لفظ القدوري
وانما خصهما بالذكر بعد ما عمهما قوله ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل
القبض لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والمواضعة وقيل احترز عن قول البعض انه
يجوز عنده التولية في بيع العين والسلم **قوله** فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري

لان النبي عليه السلام نهى عن الكالي بالكالي اى عن النسيئة بالنسيئة ولان النبي عليه السلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والسلم والسلف عبارة عن
عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن آجلا فاشترط تعجيل راس المال
ليتحقق المعنى الذي وضع له الاسم **واما** اذا كان راس المال عينا ففيه قياس و
استحسان ذكرهما صاحب الايضاح وغيره فالقياس ان لا يبطل السلم بالتفريق
قبل القبض لانه افتراق عن عين بدين وذلك ليس بمنهي وفي الاستحسان يبطل لان
الاصل في راس المال ان يكون دينا لا عينا فاذا وقع عينا كان ملحقا بالاصل ولم
يتغير شرط الاصل باعتبار هذا الفرد او نقول شرط التسليم قبل المفارقة لتحقق
معنى اسم السلم لانه يدل على التعجيل **قوله** ليتقلب المسلم اليه فيه اي ليتصرف
قوله ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما هذا ايضا
لاشتراط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم راس المال يعني ان خيار
الشرط لما كان مانعا لانعقاد العقد في حق الحكم وهو الملك لم يصح القبض لان
القبض انما يتم اذا كان بناء على الملك فلما لم يثبت الملك لم يصح القبض فكان
شرط الخيار في السلم مبطلا للعقد لعدم تمام القبض بخلاف خيار الرؤية في راس
المال وخيار العيب حيث لا يفسدان السلم لانهما لا يمنعان الملك فلم يمنعا تمام القبض
ايضا **قوله** وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية وفيه اشكال لان الضمير في قوله فيه
اما ان يراد به راس المال او المسلم فيه فلا يجوز الاول لان خيار الرؤية
ثابت في راس المال ولهذا صرح في التحفة ان خيار الرؤية في راس المال لا يفسد
السلم لانه لا يمنع ثبوت الملك ولا يجوز الثاني ايضا لانه لا يرتبط الكلام
لان سوق كلامه ان تسليم راس المال شرط قبل المفارقة واوضح ذلك
بعدم صحة السلم بخيار الشرط ويبقى قوله وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية
اجنبيا **قوله** لانه غير مفيد يعني لا يفيد خيار الرؤية فايدته الفسخ في
باب بيع العين والفسخ في السلم لا يتحقق بحكم الرؤية لانه لا يرد على عين
ما تناوله
من المسلم اليه

من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اسلم الى رجل عشرة
دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم فاراد رب السلم ان يشتري براس المال شيئا
قبل ان يقبضه قال ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه **اعلم** اولا ان الاقالة في السلم
كله او بعضه جائزة اذا كان الباقي جزءا معلوما كالنصف ونحوه وبه صرح
الطحاوي في مختصره ثم لما صحت الاقالة اذا تقايلا فقبل قبض راس المال
اذا اشترى به شيئا من المسلم اليه هل يجوز ذلك ام لا قالوا في شروح الجامع الصغير وفي
الايضاح لم يجز ذلك استحسانا والقياس ان يجوز وهو قول زفر وجه قوله انهما
لما تقايلا ارتفع العقد وعاد الملك في الدراهم على قديم الملك فجاز الاستبدال عنه
ولهذا لم يجب قبضه في المجلس فصار كدين القرض والغصب واحتج اصحابنا بما
روي عن ابي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تاخذ الا
سلمك او راس مالك يعني سلمك في حال سلامة العقد وراس مالك في حال انفساخ
العقد ثم السلم لا يحتمل الاستبدال الا غيره عند السلامة فكذلك راس المال عند الاقالة
ولان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما وحرمة الاستبدال
يثبت حقا للغير وهو الشرع فلم يجز التصرف في حق الغير ولان راس المال اخذ
شبها بالمبيع لما كان هو المقصود لسقوط المسلم فيه بالاقالة فلم يجز التصرف فيه قبل القبض
وقبضه في المجلس الاقالة ليس بشرط لانها ليست تعتبر بيعا من كل وجه وهذا
بخلاف ما اذا كان السلم وقع فاسدا من الاصل لفقدان شروطه وقبض المسلم اليه
راس المال فان تصرف رب السلم في راس المال قبل القبض جائز وبه صرح
في شروح الطحاوي والايضاح وغيرهما لانه لا يكون له حكم السلم فصار كسائر
الديون **قوله** وفيه خلاف زفر اي فيما اذا تقايلا السلم واشترى رب
السلم براس المال شيئا قبل القبض فعنده يجوز ذلك وهو القياس وقد
بيناه آنفا **قوله** ما ذكرنا اراد به قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس

مالك قال محمد في الاصل ولا يأخذ الا سلمه بعينه او رأس ماله بلغنا ذلك
عن ابراهيم **قوله** ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل فامر
رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه
فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز وهذه من مسائل الجامع الصغير واصل هذا ان العقد اذا
وقع مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري ان يتصرف حتى يعيد الكيل او الوزن
ثانيا لنهي النبي صلى الله عليه عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع
البائع وصاع المشتري والسلم عقد بشرط الكيل فيشترط الكيل ثانيا
وانما قلنا انه عقد بشرط الكيل لان السلم في الطعام لا يصح الا بكيل معلوم
والمعنى في اشتراط الكيل ثانيا انه اذا كاله ثانيا ربما يزيد على قدر الكر فلا يسلم له
الزيادة فلو جاز التصرف قبل الكيل ثانيا يلزم التصرف في مال الغير وهو حرام ثم
المسلم اليه لما امر رب السلم بقبض الكر الذي اشتراه المسلم اليه قضاء بحق
رب السلم صار كانه باع المسلم اليه ذلك الكر من رب السلم فاجتمع صفقتان
معنى فلا بد من الكيل مرتين مرة لنفسه ومرة للمسلم اليه لنهي النبي صلى الله عليه
عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وانما قلنا انه صار كانه باع المسلم اليه
ذلك الكر من رب السلم كان في الذمة وهذا عين حقيقة وهو غير الدين وانما جعل
العين عين الدين حكما لئلا يلزم الحرام واستبدال المسلم فيه وفيما وراء الاستبدال
فهو كالبائع من رب السلم ولو لم يكن الكر سلما بل كان قرضا اكتفى بكيل واحد صورته
ما قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير ولو استقرض كرا من انسان فلما
طالب المقرض اشترى المستقرض من رجل كرا وامر المقرض بقبضه قضاء بحقه صح
الامر فاذا قبض يكتفي بكيل واحد لاجل المستقرض لان المقرض يقبض عين حقه لكون
القرض عارية فلا حاجة له الى الكيل فيجب بكيل واحد للمستقرض بحكم شرائه من بائعه
قال في الشامل في قسم المبسوط في كل موضع وجد عقدان لا يكتفى بكيل واحد وان
كان بحضرة الاخر وفي كل موضع موازنة لا يتصرف ما لم يتزنه فان اشترى مجازفة او اخذ
قرضا

اوظ
لان السلم
ظ
السلم
لا يحق رب

اخذ قرضا جاز ان يترك الكيل والوزن اما المجازفة فلان المعقود عليه عين يشار
اليه لا القدر فلا يكون الكيل تمام القبض واما القرض فلانه عارية فنص البيع لا يتناوله و
لو اشترى المعدود عددا هل يشترط العد ثانيا فيه روايتان ترتيبا ثم قيل باب الربوا
والكر اسم لستين قفيزا كذا قال الازهري وما قيل في بعض النسخ انه اسم الاربعين
قفيزا ففيه نظر **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في الفصل الذي بعد باب المرابحة
والتولية بقوله ويحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بين **قوله** والسلم وان
كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع هذا جواب
سؤال مقدر بينهما الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير فقال فان قيل ان بيع المسلم
اليه مع رب السلم كان سابقا على شراء المسلم اليه من بايعه فلا يكون المسلم اليه بايعا
بعد الشراء فكيف يدخل تحت النهي قيل له قد باع من وجه بعد الشراء
لان ما باع قبل الشراء كان دينا وانما يصير بايعا للعين عند اقتضاء رب السلم
الا ان هذا العين جعل عين حقه حكما حتى لا يصير مستبدلا اما فيما وراء ذلك
فهو كالبائع عند الاقتضاء فيصير بايعا ما اشترى مكايلة قبل الكيل فكان باطلا
قوله ينعقد بلفظها اي ينعقد القرض بلفظ الاعارة وانما جعل القرض عارية لانه
لو لم يكن عارية يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وذلك ربوا ولهذا لا يصح الاجل في القروض
لان التأجيل في العارية ليس بلازم لان التبرع ينافي اللزوم فاذا كان القرض
عارية كان ما اخذه المقرض عين حقه فلم يجتمع الصفقتان فاكتفى بكيل واحد لاجل
المستقرض بسبب شرائه من بايعه **قوله** قال ومن اسلم في كر فامر رب
السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا
اي قال محمد في الجامع الصغير وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل كرا من طعام وامره ان يكيله في
غرائر المشتري ففعل والمشتري غائب قال هذا قبض وان امره ان يكيله في
جانب بيت البائع ففعل والمشتري غائب لم يكن قبضا بريئه اذا كان

الطعام عيناً ثم قال في السلم اذا امره ان يكيله في غرائر المشتري ففعل
لم يكن قبضاً وانما قيد بقوله والمشتري غائب لانه اذا كان حاضراً صار المشتري
قابضاً سواء كان الغرائر له او للبائع او كانت مستاجرة وبه صرح الفقيه
ابو الليث ثم الفرق بين السلم وبين شراء العين ان الامر بالكيل لم يصح لانه
تناول عيناً مملوكة للبائع وهذا لان حق رب السلم في الدين لا في العين وجعل
الدين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال وحقه في العين
انما يتحقق بالقبض ولم يوجد فلم يصر المسلم اليه نائباً عن رب السلم في امساك
الغرائر بل صار مستعيراً لها وقد جعل المسلم اليه ملك نفسه فيها فلم يصر رب
السلم قابضاً حتى اذا هلك الكر هلك من مال المسلم اليه وبقي الدين في ذمته كما كان
وكذا لا يصير قابضاً ايضاً اذا كانت الغرائر للبائع لانها اذا كانت للمشتري
لا يثبت القبض لعدم صحة الامر فهنا اولى وكذا اذا كان له على رجل دراهم فدفع اليه
كيساً وامره بان يزنها فيه فوزن فيه لم يصر قابضاً لما ذكرنا وفي الشراء صح الامر
فصار قابضاً لانه تناول ملك نفسه لانه لما وجد الشراء يثبت الملك له في العين
فصار البائع وكيلاً عنه في امساك الغرائر فصار الواقع في الغرائر واقعاً في يد المشتري
فصار قابضاً ولو كانت الغرائر في صورة الشراء للبائع لا يصير قابضاً لان المشتري
يصير مستعيراً للغرائر من البائع فلم يصح العارية لعدم القبض فلم يصر الواقع
فيها واقعاً في يد المشتري فصار كما لو امره ان يعزل الكر في جانب من بيت البائع
فعزله لا يكون المشتري قابضاً فكذا هنا ولو امر المشتري البائع بالطحن كان الدقيق
للمشتري لصحة الامر لانه يتناول ملك نفسه وفي السلم كان الدقيق
للمسلم اليه لعدم صحة الامر فان اخذ رب السلم الدقيق كان حراماً
لكونه بدلاً عن المسلم فيه والاستبدال في السلم حرام ولو امر المشتري ان يلقيه في
البحر هلك من مال المشتري وفي السلم من مال المسلم اليه فان اجتمع الدين والعين
بان اشترى كراً معيناً وله على البائع كر آخر دين وهو المسلم فيه فدفع رب السلم
الغرائر

الغرائر وامره ان يجعل الدقيق والعين فيها فان بدا بالعين ثم بالدين صار المشتري
قابضاً لهما جميعاً اما العين فلصحة الامر واما الدين فلانه اتصل بملك المشتري
والعين في يده حكماً فصار الدين ايضاً في يده لاتصاله بها فصار قابضاً للكل ونظيره
ما اذا استقرض كراً من حنطة فامره ان يزرعه في ارض المستقرض صح القرض
وصار المستقرض قابضاً له بملكه فكذلك هنا وكذلك قال في كتاب الصرف
في رجل دفع ديناراً الى الصائغ وامره ان يزيد من عنده نصف دينار جاز لانه يصير
قرضاً ويصير بالاتصال الى ملكه قابضاً فان بدا بالدين ثم بالعين لم يصر قابضاً
اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلط حنطة المشتري بحنطة
نفسه بحيث لا تمتاز فصار مستهلكاً والبائع اذا استهلك المبيع قبل القبض
ينتقض البيع وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه اما عند صاحبيه فالمشتري
بالخيار ان شاء شاركه في المخلوط بقدر حنطته لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما وان شاء تركه فينتقض البيع **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لصحة الامر
قوله في الصحيح احتراز عما قيل في الشراء لا يكتفى بكيل واحد بل يشترط كيلان
وقد مر ذلك قبل باب الربوا **قوله** والقبض بالوقوع في غرائر المشتري
اي القبض يتحقق بوقوع الكر في غرائر المشتري **قوله** وهذا الخلط غير
مرضي به من جهته اي الخلط بالبداية بالدين ثم العين ليس بمرضي به
من جهة المشتري وهذا جواب لسؤال مقدر بان يقال لم ينتقض البيع
وقد حصل الخلط باذن المشتري فقال الخلط المأذون بان تم على وجه
يصير المشتري قابضاً وهنا لم يصر قابضاً فلم يصر الخلط مأذوناً مرضياً به
وانما اذن له بالخلط على وجه يصير قابضاً بالبداية بالعين **قوله**
ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد
المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز وهذه
من مسائل الجامع الصغير وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة

في رجل اشترى من رجل جارية بالف درهم وقبض الجارية ثم تقايلا البيع قال
جائز وان ماتت الجارية في يد المشتري بعد ذلك بطلت الاقالة وكان المال على
المشتري وان ماتت الجارية قبل الاقالة ثم تقايلا فالاقالة باطلة ثم قال في السلم في
رجل اسلم جارية الى رجل في كر من حنطة ودفع اليه الجارية ثم تقايلا السلم قال
جائز فان ماتت الجارية بعد فعلى المسلم اليه قيمة الجارية يوم قبضها ثم **اعلم** ان الفرق
بين السلم حيث يصح الاقالة بعد هلاك الجارية في يد المسلم اليه قبل الرد الى
رب السلم سوا هلكت قبل الاقالة او بعد الاقالة وبين البيع حيث لا يصح الاقالة اذا
هلكت الجارية سواء كان الاقالة قبل هلاكها او بعد هلاكها هو ان الاقالة فسخ العقد
ولا قيام للاقالة الا بقيام العقد ولا قيام للعقد الا بقيام المبيع لانه هو الاصل في
المبيع وهو المسلم فيه قائم في صورة السلم بعد هلاك الجارية التي هي راس المال
فصحت الاقالة لقيام المبيع فانتقض العقد في المسلم فيه فلما انتقض فيه انتقض
في راس المال ايضا ضرورة والمسلم اليه عاجز عن رد الجارية لهلاكها فتعين
قيمتها يوم القبض فاذا صحت الاقالة وهي هالكة يوم الاقالة بقيت صحيحة ايضا
اذا هلكت بعد الاقالة قبل الرد لان البقاء اسهل من الابتداء والدليل على ان المسلم
فيه مبيع ما روي عن النبي صلى الله عليه انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم الا ترى انه عليه السلام قد جعل المسلم فيه مبيعا بخلاف بيع الجارية بالدراهم
فان الاقالة لا يصح بعد هلاك الجارية لفوات المقصود عليه وبفواته لا يبقى محل
البيع فلما فات محل البيع لم يصح الاقالة لانها لا تصح بدون قيام المعقود عليه وكذا
الاقالة باطلة اذا هلكت الجارية بعد الاقالة قبل الرد وهذا لان ما كان راجعا
الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ولو كان البيع مقايضة لا يبطل الاقالة بهلاك
احد العوضين لان كل واحد من العوضين ثمن ومثمن فبهلاك احدهما لا يفوت
محل العقد فيصح الاقالة لقيام المعقود عليه ثم فيما صحت الاقالة اذا اختلفا
في القيمة فالقول قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم الا ترى الى
مانص

مانص محمد في الاصل بقوله واذا تتاركا السلم وراس المال ثوب فهلك
الثوب عند المطلوب قبل ان يقبض الطالب فعلى المطلوب قيمته وكذلك
لو تتاركا السلم بعد هلاك الثوب كان على المطلوب قيمته والقول في ذلك قول
المطلوب وعلى الطالب البينة على ما يدعي من فضل القيمة الى هنا لفظ الاصل وذكر
في موضع اخر فيه ان القول قول المطلوب مع يمينه الا ان يقوم للطالب بينة على ما
يدعي **قوله** فماتت في يد المشتري المسلم اليه لانه اشترى الجارية بالحنطة
التي هي دين في ذمته **قوله** ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم
اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم يشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه
وهذا الفصل من الخواص وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح
في رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت
لك طعاما رديا وقال رب السلم لم تسم شيئا فالقول قول المسلم اليه ولو
قال رب السلم كان في السلم اجل وقال المسلم اليه لم يكن في السلم اجل
فالقول قول رب السلم الى هنا لفظ الجامع الصغير واصل هذا ان الكلام
اذا خرج مخرج التعنت لا مخرج الخصومة بطل وكان القول لمدعي الصحة لان
كلام المتعنت مردود فاذا رد بقي كلام الاخر بلا معارض فكان القول قوله
وان خرج مخرج الخصومة كان القول لمدعي الصحة وان انكر خصمه عند ابي حنيفة
اذا اتفقا على عقد واحد وقالا القول للمنكر وان انكر الصحة بيانه ان الطالب
وهو رب السلم اذا ادعى الاجل والمطلوب وهو المسلم اليه انكره فالقول
للطالب لان المطلوب متعنت لانكاره ما ينفعه وما هو حقه لان الاجل حقه
لان الاجل لتاخير التسليم فاذا انكر ذلك ما هو حقه فتعين الفساد غرضا له
فكان قوله باطلا وهذا بالاتفاق فاذا كان القول قول رب السلم كان القول
قوله ايضا في مقدار الاجل فان ادعى المسلم اليه الاجل فانكره رب السلم فعند ابي
حنيفة القول قول المسلم اليه وعندهما القول قول رب السلم لانه انكر

حقا على نفسه وهو الاجل فلم يكن متعنتا وان كان فيه فساد العقد كما اذا
اختلف رب المال مع المضارب فقال رب المال شرطت لك نصف الربح
الا عشرة وقال المضارب شرطت لي نصف الربح مطلقا فالقول لرب المال
لانه انكر حقا على نفسه وهو زيادة الربح وان كان فيه فساد العقد فكذلك ههنا
ولابي حنيفة انهما اتفقا على عقد واحد ولا صحة للعقد الا بشرطه والاجل
شرط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فكان القول قول من يدعي الصحة
لان الظاهر يشهد له بذلك لان الظاهر من حال المسلم انه يباشر العقد بوصف
الصحة كما اذا اختلف الزوجان في شهود النكاح فالقول لمن يدعي النكاح بشهود
ونقل الفقيه ابو الليث عن كتاب الينابيع ان في قول ابي حنيفة القول قول
المطلوب وهو استحسان وهذا خلاف المسئلة المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد
لان رب المال يدعي الاجارة بدعواه فساد المضاربة لان المضاربة اذا فسدت
صارت اجارة وهو منكر لهذا العقد في الحقيقة والمضارب يدعي الشركة فكان الاختلاف
في نوع العقد وكان القول للمنكر وهو رب المال وما نحن فيه ليس كذلك فانهما
اتفقا على عقد واحد فكان القول لمدعي الصحة ولان المضاربة ليست بعقد لازم لان
لكل واحد من المتعاقدين فسخ ذلك فباختلافهما يرتفع العقد ويبقى مجرد دعوى
الربح والاخر ينكر فالقول للمنكر والسلم عقد لازم لا ينفسخ بفسخ احدهما فبالاختلاف
لا يرتفع فاذا بقي العقد كان القول لمدعي الصحة لشهادة الظاهر ثم لما جعل القول
قول المسلم اليه في الاجل كان القول قوله ايضا في مقدار الاجل ونقل فخر الاسلام
عن بعضهم ان القول قوله في الادنى في الاجال وذلك شهر وفي الزيادة عليه لا يقبل
قوله الا ببينة واذا ادعى المسلم اليه شرط الردي وانكر رب السلم الشرط اصلا
كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره وقول المتعنت مردود وهذا
لانه انكر حق نفسه وهو المسلم فيه فتعين الفساد غرضا له ولانهما اتفقا على عقد
واحد واختلفا في شرط صحة العقد وهو بيان الوصف فكان القول لمدعي الصحة
لان

لان الظاهر شاهد له **اما** اذا ادعى رب السلم بيان الوصف وانكره المسلم اليه
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لم يذكر هذا الفصل في الكتاب يعني
في الجامع الصغير ثم قال ويجوز ان يقال القول قول المسلم اليه لان الشرط مستفاد
من جهته وهو منكر ويجوز ان يقال القول قول رب السلم لانه انكر الفساد وقال
فخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان في شروح الجامع
الصغير يجب ان يكون المسئلة على الاختلاف على قول ابي حنيفة القول قول من يدعي
الصحة وهو رب السلم وعندهما القول قول المسلم اليه **قوله** والفساد لعدم
الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون
المسلم اليه متعنتا في انكاره الاجل لانه يرد راس المال لفساد العقد بعدم الاجل ويرد
راس المال يبقى له المسلم فيه والمسلم فيه خير من راس المال وانفع منه فقال في جوابه
والفساد غير متيقن لمكان الاجتهاد فان عند بعضهم السلم بدون الاجل جائز وهو
قول الشافعي **قوله** وفي عكسه قالوا اي قال المتاخرون في شروح الجامع
الصغير مثل فخر الاسلام وغيره وقد مر انفا واراد بالعكس ما اذا ادعى رب
السلم بيان الوصف بان قال شرطت لي رديا وانكر المسلم اليه وقال
لم اشرط لك شيئا **قوله** وسنقرره من بعد اي في المسئلة التي تلي هذه عند قوله
القول لرب السلم عندهما لانه منكر حقا عليه **قوله** وفي عكسه القول
لرب السلم عندهما يعني فيما اذا ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم ثم الاختلاف
في الاجل على ثلاثة اوجه احدها في اصل الاجل ففيه القول قول المدعي
للاجل مع يمينه طالبا كان او مطلوبا وعندهما القول قول الطالب سواء كان
مدعيا للاجل او منكرا **والثاني** في مقدار الاجل مثل ان يدعي احدهما انه شهر وقال
الاخر انه شهران ففيه القول قول الطالب مع يمينه لانه ينكر الزيادة وان اقامت
لاحدهما البينة تقضى ببينته وان قامت لهما تقضى ببينة المطلوب لانه يثبت الزيادة **و**
الثالث في مضي الاجل فالطالب كان الاجل شهرا وقد مضى وقال المطلوب كان شهرا

ولم يقض فالقول قول المطلوب مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة فان اقام
احدهما البينة يقضي ببينته وان اقاما فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة
الاجل ثم ينبغي لك ان تعرف ان الاختلاف في قدر الاجل لا يوجب التحالف عندنا
خلافا لزفر لان التحالف في البيع ثبت بخلاف القياس عند اختلاف المتبايعين
في المعقود عليه او بدله والاجل بمعزل من ذلك بخلاف ما اذا اختلفا في الوصف
فانهما يتحالفان لان الوصف جاري مجرى الاصل لان الدين يعرف به ويختلف
اصله باختلافه وليس كذلك الاجل قوله وان خرج خصومة بان يدعي عن
نفسه استحقاق شيء للحال كما اذا ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم
وباقي التقرير مر قبل هذا قوله ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا
ورقعة وهذه من مسائل القدوري اعلم ان السلم في الثياب ليس بجائز قياسا
لانه ليس بمثلي جاز استحسانا لانه بعد اتحاد الصانع والالة لا يبقى الا تفاوت
يسير وذاك القدر معفو في المعاملات دون الاستهلاكات ولهذا اذا باع الا
بغبن يسير يتحمل ذلك بخلاف ما اذا استهلك شيئا يسيرا فانه يضمن وانما اشترط بيان
الطول والعرض والرقعة لانه اذا لم يبينها يبقى تفاوت فاحش قال في الايضاح
ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج اذا كان يبقى التفاوت
بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما
ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه
الى هنا لفظ الايضاح الحرير الابريسم المطبوخ وسمي الثوب المتخذ منه حريرا وفي جمع التفاريق
الحرير ما كان مصمتا او لحمته حرير كذا في المغرب وقال ايضا الديباج الثوب الذي
سداه ولحمته ابريسم وعندهم اسم للمنقش والجمع دبابيج وقال الشيخ ابو نصر البغدادي
قالوا اذا كانت الثياب مما يقصد وزنها فلا بد من ذكر الوزن ايضا كثياب الحرير
ثم قال وهذا على وجهين ان كان لو ذكر الطول والعرض والرقعة لم يتفاوت بالوزن
لم يحتج الى ذكر الوزن وان كان يختلف باختلاف وزنه فلا بد من ذكر وزنه وقال
ظهير الدين

ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه ولو بين الذرعان ولم يبين الوزن
هل يجوز السلم في الحرير اختلف المشايخ فيه منهم من قال ليس بشرط ومنهم
من قال شرط واليه مال الشيخ الامام شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل
السرخسي وهو الصحيح بخلاف ساير الثياب فانه لا يشترط فيها الوزن مع
الذرع لان الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول
والعرض ولا كذلك الكرباس وذكر في الذخيرة قال بعض مشايخنا الاشتراط
بيان الوزن في الكرباس ليس بشرط لان الكرباس لا يختلف باختلاف الوزن
وذكر شمس الائمة السرخسي اشتراط الوزن في الوذاري وفيما يختلف بالثقل
والخفة وذكر القدوري ان بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا لانه وان
كان ثوبا ولا يباع الا وزنا كما في الصفر وقال في فتاوى ظهير الدين اسحق الولوالجي
السلم في الكاغد يجوز عددا لانه عددي كالجوز والبيض وكذلك الاستقراض
عددا قال في المجمل رقعت الثوب رقعا والخرقة رقعة وقال في المغرب يقال
رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته وهو مجاز قوله على ما ذكرنا
اشارة الى ما ذكر عند قوله في اول الباب وكذا في المذروعات قوله ولا يجوز
السلم في الجواهر ولا في الخرز وهذا من مسائل القدوري والاصل ان كل معدود
تفاوتت احاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان والجواهر واللالي
بهذه المثابة لانك ترى لؤلؤتين تفاوتا فاحشا في المالية وان كان بينهما
اتفاق في العدد والوزن وكل معدود لا يتفاوت احاده في المالية جاز السلم فيه
كالجوز والبيض واذا كان من جنس واحد وفيه خلاف زفر مر بيانه في اول الباب
اما اللؤلؤ الصغير الذي يباع وزنا ويستعمل في الادوية جاز السلم فيه لانه لا
يتفاوت في المالية قوله ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما
وذلك لانه عددي لا يتفاوت احاده في المالية اذا كان الملبن معلوما والصفة
معلومة قال الولوالجي في فتاواه ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط فيه

ملبنا معروفا لانه متى تبين معروفا فما يقع من التفاوت بين لبن ولبن يكون يسيرا
فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعدديات المتقاربة فيجوز فيه السلم بخلاف
ما لو باع مائة آجرة من تراب لم تجز لان الاجر متى كان الملبن واحدا من العدديات
المتقاربة باعتبار القدر ولكن من العدديات المتقاربة باعتبار الوصف
لان التفاوت بينهما في النضج تفاوت فاحش فالحقناه بالمتقاربة في حق السلم
وفي المتفاوتة في حق البيع عملا بهما قال في شرح الجامع الصغير لقاضي خان اما
السلم في الباذنجان عددا لم يذكره محمد رحمه الله وذكر شمس الائمة السرخسي
انه يجوز والحقه بالجوز والبيض هذا لفظه رحمه الله **قوله** قال وكل ما امكن
ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه اي قال القدوري في مختصره وتمامه
فيه وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه وهذا اصل كلي
يتخرج منه المسائل ذكره بعد ذكر مسائل السلم للضبط كما هو دابه **اعلم** ان
كان مضبوطا بالوصف ويعرف قدره جاز السلم فيه كما في الاجناس
الاربعة من المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة
والاصل فيه قوله عليه السلام من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى
اجل معلوم وما لا يضبط وصفه ولا يعرف قدره وهو كغير الاجناس الاربعة نحو
الجواهر مثلا لا يجوز السلم فيه لان السلم دين لا يعرف بدون بيان الوصف
والقدر فيبقى المعقود عليه حينئذ مجهولا وجهالة المعقود عليه تفسد العقد لافضائه
الى المنازعة **قوله** ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف
وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في الرجل يسلم في الطست او القمقمة او الخفين ونحو ذلك فان كان شيء من ذلك يعلم ويعرف
فلا باس به وذلك لانه اذا لم يعرف لا يجوز السلم لان النبي صلى الله عليه شرط العلم
في قوله في كيل معلوم فصار ذلك الحديث اصلا في باب السلم ولان السلم دين لا يعرف
الا بالاستقصاء في الوصف فاذا عرف بالوصف جاز الا انه اذا جاز انما يجوز اذا
وجد

وجد سائر شرائط السلم من تعجيل راس المال وبيان الجنس والنوع والقدر و
الصفة وغير ذلك **قوله** قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا
وصورته في الجامع الصغير وان استصنع في شيء من ذلك بغير اجل جاز به مرفوعا فالمستصنع
بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك **اعلم** ان الاستصناع على نوعين استصناع
فيما ليس فيه تعامل وهو فاسد بالاتفاق كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا
بغزل من عنده او طلب من الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس من عنده واستصناع
فيما فيه تعامل كما اذا طلب من الخفاف ان يخرز له خفا باديم من عنده او طلب
من الصفار ان يصنع له قمقمة بصفر من عنده وهذا جائز عندنا استحسانا والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي كذا ذكر الخلاف قاضي خان في شرح الجامع الصغير
ولم يذكر قول زفر في الاشارات ومختصر الاسرار ومعنى الاستصناع ان يطلب من
الصانع ان يصنع له شيئا من ذلك بثمن معلوم وصورته ما قال صدر الاسلام
البزدوي في مبسوطه وهو ان يجيء الانسان الى اسكاف فيقول له اخرز لي خفين
ويبين صفتهما وقدرهما ويبين الثمن او يجيء الى صفار فيقول له اصنع لي انية من صفر
ويبين قدره وصفته وجنسه ونوعه ويبين الثمن **وجه** القياس انه بيع
المعدوم فلا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه عن بيع ما ليس عند الانسان ولانه اجارة
في بيع او بيع في اجارة فلا يجوز لان النبي صلى الله عليه نهى عن صفقتين في صفقة ووجه
الاستحسان ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما رآه المسلمون حسنا فهو
عند الله حسن وقد تعارف المسلمون في سائر الاعصار من غير نكير على استصناع
ما فيه تعامل والقياس يترك بالعرف الا ترى انه يجوز **دخول الحمام** باجرة
غير مقدرة في مدة غير مقدرة وليس هذا كالمزارعة والمعاملة عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لانه كذا ذكر قاضي خان نقل على الخلاف من الصدر الاول وهذا منقول بالاتفاق
واما الاستصناع في الثياب فالاستصناع لم تجر العادة به من لدن النبي صلى الله عليه
وانما حدث في زماننا الاستصناع الجائز فيما فيه تعامل هل هو بيع او مواعدة فيه اختلاف

المشايخ قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير هو بيع عند عامة مشايخنا لا مواعدة لا
سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولكن الروايات
اختلفت في اللزوم فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان قال الخيار لكل واحد منهما وقال
ابو يوسف لخيار المستصنع دون الصانع وهو قول اصحابنا جميعا في المبسوط ورجع عن
هذا فقال لا خيار لواحد منهما الا هنا لفظ فخر الاسلام **وجه** عدم الخيار لهما
ان الصانع بايع والبايع اذا باع ما لم يره لا خيار له والمستصنع لا خيار له لان الصانع
اتلف ماله بقطع الصرم ليصل الى بدله فاذا اثبت للمستصنع الخيار يلحق الضرر بالصانع
حيث لا يشتريه غيره بما اشتراه المستصنع **ووجه** الخيار لهما ان المستصنع مشتري
ما لم يره فله الخيار وهذا هو ظاهر الرواية وروى عن ابي حنيفة في غير ظاهر الرواية ان
للصانع الخيار نفيا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود بلا ضرر لان قطع الصرم واتلاف
الخيط ضرر عليه قال الشامل في قسم المبسوط ليس للصانع بيعه ومنعه اذا راه المستصنع
ورضيه وان باعه قبل ان راه جاز لان باحضاره وارادته اظهر انه عمله ومو رضي نصا
كالمبيع بخلاف ما قبل الاحضار وقال في الفتاوى الصغرى اذا استصنع لا يجبر الصانع على العمل
ولا المستصنع على اعطاء الاجر وان شرط التعجيل وان قبض الصانع الدراهم ملكها ويبطل
الاستصناع بموت الصانع ونقله عن بيوع خواهر زاده وشمس الائمة **قوله** والصحيح انه
يجوز بيعا لا عدة احترازا عن قول بعض المشايخ وفائدة كونه بيعا ان الصانع يجبر
على التسليم **قوله** والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما يعني ان الاستصناع على قول
بعض المشايخ بيع لا عدة وبيع المعدوم لا يجوز فيما سوى السلم وهذا ليس بسلم فينبغي ان
لا يجوز فقال والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما وان كان معدوما حقيقة كما في تسمية النا
جعلت موجودة حكما وان كانت معدومة حقيقة وكطهارة المستحاضة مع وجود
المنافي جعلت موجودة حكما وان لم توجد حقيقة للتفصي عن عهدة التكليف
وكذا فيما نحن فيه الخف والاناء وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا حكما لتعامل
الناس وقد يكون الشيء موجودا حقيقة ويجعل معدوما حكما كالماء المستحق للعطش
حتى

حتى يجوز التيمم مع وجوده **قوله** ولا يتعين الا بالاختيار اي لا يتعين المعقود عليه
الا باختيار المستصنع **قوله** وهذا كله هو الصحيح اي كون الاستصناع بيعا لا عدة
وكون المعقود عليه العين لا العمل وكون المعقود عليه بحيث لا يتعين الا بالاختيار
هو الصحيح انما قيد بالصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ لان في كل منها قولا اخر
قوله ثبت بالخيار اي المستصنع **قوله** ولا خيار للصانع كذا ذكر في المبسوط حتى
يجبر على العمل كذا ذكره الامام العتابي في ذلك لانه بايع ولا خيار للبايع في
بيع ما لم يره **قوله** اما الصانع فلما ذكره يعني ان الصانع لا خيار له لما ان الاستصناع
بيع ولا خيار للبايع فيما لم يره **قوله** وانما قال بغير اجل يعني انما قيد محمد رحمه الله
بقوله بغير اجل في قوله وان استصنع في شيء من ذلك بغير اجل لانه لو ضرب الاجل كان
سلما عند ابي حنيفة فيما فيه تعامل حتى لا يثبت فيه الخيار ويشترط قبض راس
المال واستقصاء الوصف وقال ابو يوسف ومحمد هو استصناع على حاله
واذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه يكون سلما بلا خلاف وجه قولهما ان لفظ الاستصناع
حقيقة له فلا يتغير بذكر الاجل ويكون ذكر الاجل للاستعجال فلا يكون سلما ولهذا اذا
ذكر في الاستصناع شرطا اخر سوى الاجل لا ينقلب سلما فكذا اذا ذكر الاجل يوضحه
ان السلم بحذف الاجل لا ينقلب استصناعا فكذا الاستصناع بذكر الاجل لا ينقلب
سلما بخلاف الاستصناع فيما لا تعامل فيه اذا ذكر فيه الاجل ينقلب سلما لانه لم يمكن
حمله على الاستصناع لفساده فحمل على السلم بدلالة الاجل تصحيحا لتصرف العاقل ما
امكن وذلك لانه لما لم يمكن العمل بحقيقته حمل على المجاز وجه قول ابي حنيفة انه امكن
ان يعتبر سلما لانه اتى بمعنى السلم حيث اتى بشرائط السلم فيصير سلما كما لو كفل
بشرط براءة ذمة الاصيل كان حوالة ويمكن ان يعتبر استصناعا عملا بحقيقة
اللفظ فلما احتمل الامرين حمل على السلم بدلالة ذكر الاجل لانه لابد ان يكون لازما
وانما يلزم اذا كان سلما فصار كالاستصناع الفاسد اذا ذكر فيه اجل او نقول لما احتمل
الامرين كان جعله سلما اولى لان السلم ثابت بالكتاب باية المداينة على ما روي عن

ابن عباس وبالسنة والاستصناع في ثبوته شبهة لكونه مجتهدا فيه فكان حمله على السلم أولى
لكونه أقرب إلى الجواز وأحق بالرخصة أو نقول إنما كان جعله سلما أولى لأن السلم أقرب
إلى القياس من الاستصناع لأن في السلم المبيع ثابت في الذمة وإن لم يكن عينا وفي
الاستصناع المبيع ليس بعين ولا ثابت في الذمة فكان جعله سلما أولى وقال الإمام فخر
الدين قاضي خان إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وإن كان من قبل الصانع فهو
للاستمهال فيكون سلما ذكره في شرح الجامع الصغير **قوله** نوع شبهة لأن الشافعي ينكر
الاستصناع **قوله** مسائل منثورة أي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها
ولم تذكر ثمة فاستدركت بيانها في آخر كتاب البيوع قال ويجوز بيع الكلب والفهد و
السباع أي قال القدوري في مختصره ثم إطلاق جواب الكتاب بلا تقييد في ذكر هذه الأشياء
يدل على جواز بيع المعلم منها وغير المعلم وهذا معنى قوله في المتن المعلم وغير المعلم في ذلك
سواء أي في جواز البيع قال في الإيضاح بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز
معلما كان أو غير معلم في رواية الأصل وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب والنمر والأسد إلى هنا
لفظ الإيضاح ونقل الناطفي في الأجناس عن مسائل الفضل ابن غانم قال أبو يوسف أجيز
بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور وقال محمد في نوادر هشام يجوز بيع الكلب
العقور وفي الكيسانيات قال محمد ومن قتله ضمن قيمته إلى هنا لفظ الأجناس ونقل في الأجناس
أيضا عن شرح اختلاف زفر روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لا يجوز
بيع الأسد حيا ويجوز إن كان مدبوغا وجاز بيع الفهد وفي البيوع للحسن جاز بيع القرد و
ذكر في الأجناس أيضا قال أبو يوسف أكره بيع القرد لأنه لا ينتفع به إنما هو للهو و
بيع الفيل مر بيانه في البيع الفاسد وجه قول الشافعي ما روي في الصحيح البخاري و
السنن مسندا إلى أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه نهى عن ثمن
الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وروي في السنن مسندا إلى ابن عباس قال نهى رسول
الله صلى الله عليه عن ثمن الكلب فإن جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه ترابا وبإسناده
أيضا إلى أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن
ولا مهر البغي

ولا مهر البغي والبغي الزانية قال تعالى وما كانت أمك بغيا ولأن الكلب نجس العين بدلالة نجاسة
سؤره لأنه متولد من اللحم ولا يجوز بيع ما كان نجس العين كالخنزير وذلك لأن البيع
يدل على إعزازه ونجاسة العين تدل على إهانته وبينهما منافاة فكان جواز البيع
منتفيا **ولنا** ما روي في الصحيح البخاري في كتاب الذبائح والصيد مسندا إلى ابن
عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه من اقتنى كلبا ليس بكلب ماشية أو ضارية
نقص كل يوم من عمله قيراطان وفي رواية عن ابن عمر في الصحيح البخاري قال سمعت
النبي صلى الله عليه يقول من اقتنى كلبا إلا كلبا ضاريا لصيد أو كلب ماشية فإنه
ينقص من أجره كل يوم قيراطان وفي رواية عن ابن عمر أيضا في الصحيح قال قال
رسول الله صلى الله عليه من اقتنى كلبا إلا كلب ماشية أو ضاريا نقص من عمله كل يوم
قيراطان وذكر في السنن في كتاب الأضاحي مسندا إلى أبي هريرة رضي الله عنه عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال من اتخذ كلبا إلا كلب ماشية أو صيد أو زرع انتقص من
أجره كل يوم قيراط وحدث البخاري أيضا في الصحيح بإسناده إلى عدي بن
حاتم قال قلت يا رسول الله إنا نرسل الكلاب المعلمة قال كل ما أمسكن عليك
قلت وإن قتلن قال وإن قتلن قلت إنا نرمي بالمعراض قال كل ما خزق وما أصاب
بعرضه فلا تأكل وحدث أيضا بإسناده إلى عدي بن حاتم سألت رسول الله
صلى الله عليه وقلت إنا قوم نصيد بهذه الكلاب فقال إذا أرسلت كلابك المعلمة
وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك وإن قتلن إلا أن يأكل الكلب فإني أخاف أن
يكون إنما أمسكه على نفسه وإن خالطها كلاب من غيرها فلا تأكل وحدث
الطحاوي عن أبي بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي التياح
عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه بقتل الكلاب ثم
قال ما لي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد والأحاديث
في هذا الباب رواها الطحاوي في شرح الآثار بطرق كثيرة **وجه** الاستدلال
أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح الانتفاع بكلب الصيد والماشية والزرع ورخص في

ذلك **فنعلم** ان النهي كان قبل الاباحة وما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه والكلب يمكن
الانتفاع به معلما كان او غير معلم اما اصطيادا واما حراسة لان كل كلب يحفظ
البيت ويخبر عن الجائي بنباحه يدل عليه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
مكلبين والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير واصل الاجتراح الاكتساب
يقال امراة لا جارح لها اي لا كاسب قال في الكشاف المكلب مؤدب الجوارح و
اشتقاقه من الكلب لان التاديب اكثر ما يكون في الكلاب وقال القتبي ومكلبين
اصحاب كلاب وحدث ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبد
الباقي ابن قانع الى جابر رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه عن ثمن الكلب
الهر الا الكلب المعلم فدل ذلك على جواز بيع الكلب التي ينتفع بها من جهتين احدهما
انه اذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع غيره من الكلاب لان احدا لم يفرق بينهما و
الثاني انه ذكره للكلب المعلم لاجل ما فيه من النفع وكل ما ابيح الانتفاع به منها
فهو مثله ويدل ذلك على ان النهي انما تناول الكلاب التي لا نفع فيها وانما ينبغي بها
الهراش والقمار وحدث الطحاوي في شرح الاثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن
جريج عن عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله
رجل باربعين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش وبقية السباع يثبت حكمها بالقياس على الكلب
والجامع كونها جارحة ينتفع بها اصطيادا ونحوه وهذا بخلاف الهوام المؤذية من
الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الارض جميعا فانها لا يجوز بيعها
لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولعدم الانتفاع بها ولا نسلم ان الكلب نجس العين لانه
لو كان كذلك لم يجز الانتفاع به اصلا كالخنزير ويجوز الاصطياد به فعلم انه ليس بنجس
العين ولا نسلم ان حرمة لحمه يدل على حرمة بيعه الا ترى ان الحمار الاهلي حرام اكله
ويجوز بيعه والانتفاع بثمنه **وجه** ما روى ابو يوسف انه لم يجز بيع الكلب العقور ان
النبي صلى الله عليه نهى عن امساكه وامر بقتله وجوابه انه كان قبل ورود الرخصة في
اقتناء الكلب للصيد او للماشية او للزرع ونقل في الينبوع الاجناس عن كتاب الجنايات
للحسن

للحسن ابن زياد لا ينبغي لاحد ان يتخذ كلبا في داره الا ان يخاف من لصوص او غيرهم فلا
باس بان يتخذه وكذلك الاسد والفهد والضبع وجميع السباع بمنزلة الكلب في جميع
ذلك وهذا قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف الى هنا لفظ الاجناس
وبيع السرقين يجوز عندنا وسيجيء في كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى **قوله**
ولا يجوز بيع الخمر والخنزير هذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى
انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه والرجس
اسم للحرام النجس وقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ولا يجوز
التصرف في الحرام وحدث صاحب السنن باسناده الى الاعرج عن ابي هريرة ان
رسول الله صلى الله عليه قال ان الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة وثمنها وحرم الخنزير
وثمنه وحدث ايضا مسندا الى مسروق عن عايشة رضي الله عنها قالت لما
نزلت الايات الاواخر من سورة البقرة خرج رسول الله صلى الله عليه فقراهن علينا
وقال حرمت التجارة في الخمر وروى البخاري في الصحيح في كتاب البيوع مسندا الى
سعيد بن ابي سعيد عن ابي هريرة عن النبي عليه السلم قال قال الله عز وجل ثلاثة
انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر
اجيرا فاستوفى منه ولم يعط اجره واعطى بي اي اعطى ذمة من الذمات كذا فسر القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي في الاجارات وباقي التقرير في بيع الخمر والخنزير يجيء في باب
البيع الفاسد فينظر ثمة وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة قال
حدثنا محمد ابن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه
كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي
فقال له النبي يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا
رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي يا ابا عامر ان الذي حرم شربها
حرم بيعها واكل ثمنها **قوله** قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين اي قال
القدوري في مختصره واهل الذمة في البياعات كالمسلمين الا في الخمر والخنزير خاصة

فان عقدهم كعقد المسلمين على العصير وعقدهم على الخنزير كعقدهم على الشاة اي
تحل لهم ما تحل لنا وتحرم عليهم ما تحرم علينا من البيوع سوى الخمر والخنزير وذلك
لانهم لما قبلوا الجزية صاروا كالمسلمين فيما لهم وعليهم الا الخمر والخنزير فانهم اقروا
بعقد الامان على ان يكون ذلك مالا لهم فلو لم تجز تصرفاتهم خرج ذلك من ان يكون مالا
وفيه نقض الامان والربوا مستثنى في عهودهم لانه لم يقع عليه عقد الامان قال
تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وروي في الايضاح وغيره ان النبي صلى الله عليه كتب
في عهودهم ومن اربى فلا عهد له وروى ابو يوسف في كتاب الخراج تصنيفه في قصة نجران
واهلها في كتاب النبي صلى الله عليه اليهم مع عمرو بن حزم ومن اكل ربوا من ذي قبل فذمتي
منه بريئة وحدث ابو يوسف ايضا في كتاب الخراج في فصل من تجب عليه الجزية عن
اسرائيل عن ابراهيم بن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب
واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير و
الخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك فقال عمر فلا تفعلوا ولكن ولوا اربابها
بيعها ثم خذوا الثمن منهم الى هنا لفظ كتاب الخراج وقال محمد في الاصل ولا يجوز
فيما بين اهل الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم فيما بينهم في
الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا النسيئة ولا الصوف بالنسيئة ولا الذهب
بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذلك كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في
البيوع كلها بمنزلة اهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير ولا اجيز فيما بينهم بيع الميتة
والدم فاما الخمر والخنزير فاني اجيزهما بين اهل الذمة لانهما اموال اهل الذمة
استحسن ذلك وادع القياس فيه من قبل الاثر الذي جاء في نحو من ذلك عن عمر رضي
الله عنه الى هنا لفظ الاصل **قوله** ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف
درهم على اني ضامن لك خمسماية من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف
من المشتري والخمسماية من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شي
على الضمين وهذه من مسايل الجامع الصغير صورة المسلة ان يطلب انسان من اخر شرا

عبده

عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسماية و المشتري لا يرغب فيه الا بالف
يجي اخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف درهم على اني
ضامن لك خمسماية من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت كذا قال
الصدر الشهيد لو لم يوجد امارة ولا مساومة ولكن ايجاب البيع بالف حصل عقيب
ضمان الرجل كان كذلك استحسانا ويكون البيع بعقده دلالة على القبول لانه امتثال
بذلك كقول الرجل لامراته طلقي نفسك ان شئت فقالت قد طلقت انه يجعل قبولا
استحسانا فكذلك هذا كذا قال فخر الاسلام وقال زفر والشافعي جاز البيع بالف
ولا شي على الضامن كذا ذكر قاضي خان في شرح الجامع الصغير وهذه المسلة من نوع
الزيادة في الثمن والمثمن وهي جائزة عندنا خلافا لهما لانه تغيير العقد من وصف مشروع
لان العقد قد يقع بثمن عدل او رابح او خاسر وكل ذلك مشروع ثم لو زاد المشتري
نفسه في الثمن جاز فكذلك اذا زاد الاجنبي ولكن ينبغي لك ان تعلم ان اصل الثمن
لا يشرع الا بمقابلة مال بخلاف فضول الثمن فان مقابلة تسمية المال تكفي لا
مقابلة حقيقة المال الا ترى من اشترى عبدا قيمته الف بالفين جاز ولم يقابل
الالف الزائد مال الا تسمية فصار اشتراط الفضل على الاجنبي جائزا بعد ثبوت الاصل
على المشتري بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا تجب على الضامن شي لانه لم يوجد صورة
المقابلة ولا معناها ولم يكن ذلك واجبا بالبيع فصار التزام مال بسبيل الرشوة وانه حرام
باطل واورد الامام العتابي في هذه المسلة سوالا وجوابا فقال فان قيل اذا قال
من الثمن كيف يكون ثمنا ولم يدخل في ملكه شي من المبيع وكذلك هذا بيع بثمن على غير
المشتري وانه فاسد قلنا لان الثمن متى وجب مقصودا يشترط ان يدخل في
ملكه شي من المبيع وهنا ثبت الزيادة تبعا وصار كالزيادة في الثمن بعد البيع وليس هذا بيع
بالثمن على غير المشتري وهذه زيادة تثبت تبعا على غير المشتري وهذا جائز كالزيادة
في الثمن بعد البيع **قوله** ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا يعني لا يسلم للمشتري
شي بمقابلة الزيادة اذا كان الالف بدل لان الزيادة يساوي المبيع فاذا كان كذلك

كان نظير الخلع لان في الخلع لا يسلم شي للمراة بمقابلة بدل الخلع الا انه اسقاط
محض واشتراط البدل على الاجنبي ثمة جايز فكذلك اشتراط الضمان هنا على غير
المشتري توضيح هذا فيما قال ابو الليث السمرقندي ان التحاق الضمان يجوز وان لم
يكن له شي من البدل الا ترى ان رجلا لو ادعى على رجل الف درهم فكفل عنه
رجل بغير امره جاز الضمان وان لم يكن له وجب على المطلوب شي فلذلك هنا
صح الحاق الضمان على نفسه وان لم يجب على المشتري شي من تلك الزيادة **قوله**
وهو يساوي المبيع بدونها اي والحال ان الثمن يساوي المبيع بدون الزيادة
قوله قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطيها الزوج فالنكاح
جايز اي قال محمد في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
فيمن اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها قال جايز فان وطيها الزوج فهذا من
المشتري وان لم يطاها فليس بقبض **اعلم** ان التزوج قبل قبض المبيع جايز
كالاعتاق لان المبيع مملوك له فيجوز تصرفه بخلاف بيع المبيع قبل القبض فانه لا يجوز
لورود النهي في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه فلا يثبت حكم البيع فيه الا ترى
ان البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض بخلاف النكاح وشرط المبيع كونه مقدور
التسليم بخلاف النكاح فانه ليس بشرط فيه ولهذا لا يجوز بيع الابقة ويجوز انكاحها
ثم اذا جاز النكاح فهل يصير المشتري قابضا بمجرد النكاح ام لا قالوا في شروح الجامع
الصغير في القياس يصير النكاح قبضا كذا ذكره في الاصل لانه عيب والتعييب
تصير قابضا ولانه تصرف فيها تصرف الملاك لجاز تصرفه فصار كالعتق والتدبير
وهما قبض فكذا هذا **وجه** الاستحسان ان النكاح عيب حكما والتعييب
الحقيقي انما يصير قابضا لوجود الاستيلاء على المحل حقيقة ولم يوجد الاستيلاء
حقيقة بالتعييب الحكمي فلا يصير قابضا الا اذا وطيها الزوج فحينئذ يكون قابضا
لانه حصل بتسليط من المشتري فصار كانه فعل بنفسه ولان التزوج سبب لاباحة
الوطء فلا يكون قابضا بمجرد التزوج كالشراء حيث لا يكون قابضا بمجرد الشراء
لانه سبب

لانه سبب لاباحة الوطء والاعتاق استيلاء لانه اتلاف المحل بانهاء الملك فيه
قوله ومن اشترى عبدا فغاب الى اخره وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل باع عبدا من رجل ثم غاب المشتري
قبل ان يقبضه فاقام البايع البينة انه باعه اياه قال ان كان المشتري غايبا
غيبة معروفة لم يبعه وان كان غايبا لا يدري اين هو باعه القاضي واوفى البايع
ثمنه **اعلم** ان القاضي لا يلتفت الى البايع اذا طلب بيع العبد بثمنه ما لم يقم
البينة انه باعه اياه وانه غاب قبل نقد الثمن فاذا اقامها ينظر ان كان المشتري
غايبا غيبة معروفة لا يبيعه القاضي لانه اذا عرف مكانه يمكن استيفاء الثمن منه
فلا حاجة الى البيع وان كان لا يدري مكانه يبيعه القاضي ويوفيه ثمنه لتعذر
الاستيفاء من المشتري وهذا لان القاضي نصب ناظرا في امور المسلمين وفي
البيع نظر للبايع والمشتري لان البايع يصل الى حقه والمشتري يسقط عنه الدين
وموضوع المسئلة فيما اذا لم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن لانه اذا لم يقبض بقي
في صدد الاستيفاء حق البايع منه اذا تعذر استيفاؤه منه كالراهن اذا مات
والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض وليس هذا بقضاء على الغايب بل هو
اعتبار اقرار الانسان بما في يده وانما طلب منه البينة لاظهار الامر عند القاضي
ولدفع التهمة لا لاثبات ملك الغايب لان الدعوى لم يوجد منه وانما قلنا
انه اعتبار اقرار الانسان بما في يده لانه لو اقر به لغيره كاملا صح ذلك منه
بحكم اليد فكذا اذا اقر ناقصا مشغولا بحقه صح ايضا فيثبت الملك ناقصا
وهذا بخلاف ما اذا قبضه المشتري فغاب ولم يدر مكانه حيث لا يباع
العبد لانه انقطع تعلق البايع بالعبد ثم اذا بيع العبد بمثل الثمن الاول سلم
ذلك للبايع فان فضل يمسك القاضي الفضل الى ان يحضر المشتري وان نقص يكون
النقصان دينا على المشتري واورد الفقيه ابو الليث سؤالا وجوابا فقال
فان قيل كيف يجوز بيع ما لم يقبض قيل القاضي اذا قبضه من البايع يصير قبضه

اظهار

بمنزلة قبض المشتري فصار كأن المشتري قبض ثم غاب **قوله** فإن كان المشتري
اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه فإذا حضر الآخر لم
يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف
إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه
ذكر هذه وهي مسألة المختلف تفريعا لما تقدم والخلاف في موضعين في قبض الكل
وفي ولاية الرجوع **اعلم** أولا أن الحاضر ليس له أن يقبض العبد حتى يؤدي كل
الثمن بالاتفاق لأن للبائع حق الحبس بكل الثمن فإذا أدى كل الثمن لا يقبض إلا
نصيبه ولا يرجع على صاحبه بما أدى عند أبي يوسف وعندهما يقبض الكل
ويرجع بما أدى وجه قول أبي يوسف أن الحاضر نصيبه النصف لا غير فلا يقبض
نصيب صاحبه لأنه ليس بوكيل عنه ولا يرجع عليه بما أدى عنه لأنه متبرع
في قضاء دينه ولهما أنه أدى كل البدل فيأخذ كل المبدل لأنه أدى في الكل
بمقابلة الكل وإنما يرجع على صاحبه بما أدى عنه لأنه مضطر في دفع كل الثمن لأنه
لا يصل إلى استيفاء حق نفسه ما لم يؤد كل الثمن لأن للبائع حق الحبس ما بقي
من الثمن شيء فإذا كان مضطرا لم يكن متطوعا فيرجع بما أدى كمعير الرهن وهو ما
إذا أعار إنسانا شيئا ليرهنه فرهنه المستعير ثم أفلس أو غاب فافتكه المعير يرجع
بما أدى عنه عليه وإن كان ذلك الأداء بغير أمره لأنه مضطر فكذا هنا ثم إذا كان له
الرجوع على صاحبه كان له أن يحبس نصيبه إلى أن يستوفي منه ما أدى عنه
كالوكيل بالشراء إذا أدى الثمن من ماله **قوله** لم يقبض إلا نصيبه أي يقبض نصيبه
خاصة عند أبي يوسف بطريق المهاياة **قوله** ومن اشترى جارية بألف مثقال
ذهب وفضة فهما نصفان هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي
حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقول للرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال
جيد ذهب وفضة قال هذا نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال
فضة وقوله أبيعك مساومة لا ايجاب قالوا وإنما وجب التنصيف ولم يترجح

الذهب

الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ولم يترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات
لأنهما لما تعارضا ولم يوجد المرجح صير إلى قضية الإضافة والبيان فوجب
من كل واحد منهما نصفه لعدم أولوية أحدهما على الآخر وكذلك
لو قال بعت منك بألف دراهم ودنانير تجب من كل واحد منهما خمسمائة
ولا تحتاج في ذكر الدراهم والدنانير إلى الجودة لأنها تنصرف إلى النقد المعروف
لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف بخلاف الذهب والفضة سوى الدراهم والدنانير
حيث تحتاج إلى ذكر الصفة من الجيد أو الوسط أو الردي لأن الناس لا يتبايعون
بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة فعن هذا عرفت أن صاحب الهداية
سامح في البيان حيث لم يذكر الجودة عند ذكر الذهب والفضة وقد ذكرها محمد
في الأصل الجامع الصغير قال صاحب الهداية لو اشترى جارية بألف من
الذهب والفضة تجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة
لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما قلت
ينبغي أن يراد في زماننا خمسمائة درهم من النقد المعروف في ذلك البلد الذي
وقع العقد فيه لأنه هو المعهود المتفاهم في كلام الناس ووزن السبعة لم يبق
معهودا ولا يفهم ذلك في عرفنا من إطلاق اللفظ **قوله** قال ومن له على
آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء
عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه أي
قال في الجامع الصغير وقولهما هو القياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان وله
أن حقه في صفة الجودة مرعي كحقه في الأصل ألا ترى أن المقبوض لو كان ستوقا
أو رصاصا لا يسقط حقه في الجودة فكذا إذا كان نبهرجة فيضمن القابض مثل
ما قبض ويرده ويسترد الجياد كي يصل كل واحد منهما إلى حقه ويندفع الضرر
وهذا وإن كان ضمانا لنفسه جاز لأنه مفيد كالمولى إذا أتلف شيئا من اكتساب
عبده المأذون المديون قال فخر الإسلام وضمان الإنسان لنفسه لا يصح لعدم

الفائدة وقد حصل منا فائدة وهو تدارك حقه كما ان شرى الانسان مال نفسه باطل
فاذا افاد فائدة قد صح كما لو ان يشتري مال المضاربة او كسب عبده المأذون
المديون فكذا هذا وكما ان الزيوف جنس حقه بدليل انه تجوز به في الصرف
والسلم جاز مع انه لا تجوز الاستبدال فيهما فعلم ان اصل الاداء حاصل ولكنه
بقي حقه في الجودة والجودة لا قيمة لها بانفرادها عن الاصل الا صورة ولا معنى في
اموال الربوا فسقط حقه في الجودة لعدم امكان رعاية المماثلة ولم يمكن صيانة حقه
في الجودة بايجاب ضمان الزيوف لان الانسان انما يضمن حقا للغير عليه لا حقا
لنفسه على نفسه وهذا لانه تيقن جنس حقه فاذا ضمن مثله كان ضامنا لنفسه على
نفسه وهو محال لانه لا نظير له في الشرع واوضح الفقيه ابو الليث قولهما بقوله
الا ترى ان رجلا لو اشترى ابريق فضة بدراهم فوجد به عيبا فلم يرده حتى هلك
عنده لا يرجع بشيء لانه كان له حق الفسخ فاذا هلك عنده عجز عن الفسخ فكذلك
هنا **قوله** انه من جنس حقه اي المقبوض به وهو زيوف **قوله** لو تجوز به اي
اخذه متساهلا لا النقصان حقه **قوله** فيما لا يجوز الاستبدال به الصرف والسلم **قوله**
لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه لا قيمة عند المقابلة بجنسه **قوله** واذا فرخ طير في
ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس وهذه من مسائل الجامع
الصغير وانما صار الفراخ او البيض او الظبي المتكنس للاخذ لا لصاحب الارض لانه مباح
سبقت يده اليه وذلك لان رب الارض لم يحرزها اليه ولانه صيد والصيد لمن اخذ
بالحديث والبيض اصل الصيد فاخذ حكمه ولهذا وجب على المحرم الجزاء اذا كسر
البيض او شواه كما اذا قتل الصيد هذا اذا لم يعد صاحب الارض موضعا للفراخ الصيد
ليأخذها فصار كنصب خيمة او شبكة للجفاف فتعقد بها صيد فهو للآخذ فان
اعده موضعا للفراخ فهي لصاحب الارض روي ذلك عن محمد كذلك لانه صار آخذا
حكما ولهذا قالوا في شروح الجامع الصغير في نثر الدراهم والسكر اذا وقع الدرهم او السكر
في ثوب رجل لم يملكه الا ان يضم ذلك الى نفسه بعد الوقوع او يقصد ذلك تفضلا او تهيا له
خلاف

خلاف النحل عسلت في ارض انسان كان العسل لصاحب الارض لانه ليس بصيد بل
هو نزل من انزال الارض قائم بها تابع لها فصار كالشجر النابت في ارض انسان
والتراب الذي اجتمع فيها من الماء ونقل الفقيه ابو الليث عن الرقيات مسائل نحو
هذا فانه قال محمد لو ان رجلا اتخذ حظيرة في ارضه فدخل الماء واجتمع فيه السمك
فقد ملك السمك وليس لاحد ان ياخذه ولو اتخذ لحاجة اخرى فلمن اخذ السمك
فهو له قال وكذلك الرجل حفر في ارضه حفيرة فوقع فيها صيد فتكسر فان
اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقد ملكه وان لم يتخذ للصيد فهو لمن اخذه
وكذلك لو ان رجلا وضع صوفا على ظهر البيت **فجاء المطر وابتل** ثم ان رجلا
عصره واخرج منه الماء فهل له ان يسترد قال ان كان وضعه لاجل ماء المطر فله
ان يسترده منه وان كان وضعه لغيره لم يكن له ان يسترده وذكر الفقيه ابو الليث
في كتاب **العيون** في باب الصيد ولو ان صيدا باض في ارض رجل او تكسر فيها فجاء
رجل ليأخذه فمنعه صاحب الارض فان كان منعه اياه في موضع يقدر صاحب الارض
على اخذه قريبا منه كان الصيد لرب الارض لمنعه اياه كانه اخذه بيده اخذا
وان لم يكن بحضرته لا يملكه ولو ان صيدا دخل دار رجل فاغلق عليه الباب
فان كان يقدر على اخذه لغير صيد فقد ملكه ولو انه اغلق الباب ولم يرد
به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه فاذا خرج منه فهو لمن اخذه وافرخ الطير وفرخ
بمعنى واراد بقوله تكسر اي **استتر** ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو
موضع الظبي ويروى اي تكسر رجله وانما قيد به لانه لو كسره واحد
كان له **قوله** ما لم يكفه اذ كان مستعدا له يعني قوة النفي كما في قوله تعالى
لم تكن آمنت من قبل او كسبت في ايمانها خيرا **قوله** مسك النحل هو بالحاء المهملة
يقال رجل نحيل معسل اي جعل فيه العسل وعسلت القوم اي زودتهم العسل
قوله عد من انزاله بفتح الهمزة اي عد العسل من انزال الارض وذكر الضمير
الراجع الى الارض وهي مؤنثة على تاويل المكان كقوله والارض ابقل ابقالها والانزال

جمع نزل يقال طعام كثير النزل والنزل اي الرفع وهو الزيادة

كتاب الصرف

وجه المناسبة مر في اول باب السلم **قوله** الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الكرخي في مختصره الصرف اسم للعقد الواقع على جنس الاثمان والدليل على جواز عقد الصرف ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منهما غائبا بناجز وروى صاحب السنن باسناده الى ابن عمر رضي الله عنهما قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وهو في بيت حفصة فقلت يا رسول الله رويدك اسالك اني ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير اخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فقال رسول الله صلى الله عليه لا باس ان تاخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وليس بينكما شيء قال صاحب الهداية سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد **الصرف** هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه **والصرف** هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا وحاصل معنى كلامه ان العقد الواقع على جنس الاثمان سمي بالصرف اما لمعنى النقل فيه واما لمعنى الزيادة اما معنى النقل والرد فكما قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم واما معنى الزيادة فقال في تهذيب ديوان الادب الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة وجوده الفضة ورايت في كتاب العين للخليل الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة واما قوله سميت العبادة النافلة صرفا ففيه نظر لانه اورد الزمخشري في فائقه في حديث النبي صلى الله عليه في ذكر المدينة

المدينة من احدث فيها حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل فقال الصرف التوبة لانه صرف للنفس الى البر عن الفجور والعدل الفدية من المعادلة وقال صاحب الجمهرة قال بعض اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل الى هنا لفظ الجمهرة قال الامام الاسبيجابي رحمه الله **اعلم** ان الصرف اسم لعقود ثلثة بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة او احدهما بالاخر فلما اختص باسم الصرف اختص بشرايط ثلثة احدها وجود التقابض من الجانبين جميعا قبل التفرق بالابدان **والثاني** ان يكون عقد الصرف باتا ليس فيه خيار الشرط ولو ابطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق ثم تفرقا بعد ذلك عن قبض من الجانبين جميعا انقلب العقد الى الجواز ويتم عقد الصرف عند علمائنا الثلثة وعند زفر لا يجوز وكذلك عقد السلم وجب ان يكون باتا لا خيار فيه ويثبت في عقد الصرف خيار العيب وخيار الروية كما يثبت في غيره من العقود الا ان خيار الرد بالعيب يثبت في العين والدين جميعا وخيار الروية انما يثبت في العين خاصة لان خيار العيب والروية يثبت حكما بغير شرط ولا يمنع وقوع الملك فثبوته في عقد الصرف لا يبطله ولا كذلك خيار الشرط لانه يثبت بالشرط ويمنع وقوع الملك والشرط **الثالث** ان لا يكون بدل الصرف مؤجلا ويكون حالا فان ابطل صاحب الاجل الاجل قبل التفرق ونقد ما عليه ثم افترقا عن قبض الجانبين جميعا انقلب العقد الى الجواز عندنا هذا حاصل ما قال في شرح الطحاوي والباقي يعرف ثمة ويجوز ان يقال بطريق الاختصار شرايط الصرف التقابض قبل الافتراق والافتراق بلا خيار ولا تاجيل **قوله** اذ لا ينتفع بعينه اي لا ينتفع بعين الذهب والورق وانما ينتفع بغيرهما بما يقابلهما من نحو الخبز واللحم والثوب في دفع الجوع والعطش ودفع الحر والبرد وغير ذلك **قوله** فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا

مثل وان اختلفا في الجودة والصياغة وهذا لفظ القدوري في مختصره اي وان
اختلفا العوضان في الجودة بان يكون احدهما اجود من الاخر وفي الصياغة
ان يكون احدهما احسن صياغة من الاخر والاصل فيه ما حدث محمد بن الحسن
في اول بيوع الاصل عن ابي حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن
رسول الله صلى الله عليه انه قال الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضل
ربوا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وتمام الحديث ذكرناه في اول
باب الربوا وقد روينا قبل هذا ايضا عن الصحيح البخاري عن ابي سعيد الخدري
عن رسول الله صلى الله عليه انه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا
بعضها على بعض الحديث واعتبار فضل الجودة ساقط اما بقوله عليه السلام جيدها
ورديها سواء وبالاجماع وقد مر بيان ذلك في اول باب الربوا وحدث محمد رحمه الله
في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن
مالك قال اتي عمر ابن الخطاب باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني به
لابيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا
قوله قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق اي قال القدوري في
مختصره يعني قبل الافتراق بالابدان وانما اشترط التقابض قبل الافتراق
لقوله عليه السلام يدا بيد وقد مر انفا وقد حدث صاحب السنن عن القعنبي عن
مالك عن ابن شهاب عن مالك بن اوس عن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى
الله عليه الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء و
التمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء والحديث الذي
رويناه في اول كتاب الصرف عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه
قد ذكر في اخره ولا تبيعوا منها غائبا بناجز يدل على وجوب التقابض قبل الافتراق
لان الغائب لا يمكن قبضه وروى محمد في اوائل كتاب الصرف وقال حدثنا عبيد الله
ابن عمر بن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن عمر انه قال الذهب بالذهب
مثل بمثل

مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب
بناجز فاني اخاف عليكم الرماء وان استنظرك الى ان يدخل بيته فلا تنظره
والرماء بالمد بمعنى الربوا وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وعن ابن
عمر انه قال ان وثب من سطح فثب معه ومعنى قوله هاء وهاء اي يقول
كل واحد من العاقدين لصاحبه هاء اي خذ فيتقابضان قبل التفرق وهذا
الذي ذكرناه يدل على وجوب التقابض قبل الافتراق ولان قبض احدهما
واجب حتى لا يكون الكالي بالكالي فوجب قبض الاخر ايضا قبل الافتراق طلبا للمساواة
احترازا عن الربوا ولان احد العوضين ليس باولى من الاخر في القبض لان خلقة
الذهب والفضة للثمنية وان كانا مما يتعينان كالتبر والمصوغ واطلاق الحديث
في قوله الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء يدل على ان حكم العين والدين سواء
فيهما قوله لما رويناه اشارة الى قوله يدا بيد قوله فلا يتحقق بالنصب لانه جواب
النفي وهو قوله لا بد قوله لاطلاق ما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الذهب
بالذهب مثلا بمثل قوله والمراد منه الافتراق بالابدان اي المراد من الافتراق
المذكور في قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق هو الافتراق بالابدان
قال في شرح الطحاوي ثم وجود التقابض في المجلس المعقود ليس بشرط لصحة الصرف
ولكن وجود التقابض قبل التفرق بالابدان شرط حتى انهما لو تعاقدا ولم يتقابضا
حتى مشيا ميلا او اكثر فلم يفارق احدهما صاحبه ولا غاب عنه ثم تقابضا وافترقا
جاز الصرف وكذلك الحكم في تسليم راس المال في باب السلم يعني ان قبض راس المال
قبل التفرق بالابدان شرط وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته والافتراق
المعتبر الافتراق بالبدن دون المكان حتى لو قاما فذهبا معا او ناما في المجلس او
اغمي عليهما او طال قعودهما لا يبطل لما مر ان الدراهم والدنانير لا يتعينان وقال
القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وسواء البيع كان دينا بدين او عينا بعين
او عينا بدين وذلك لان العقد ان كان على الدراهم والدنانير فهي لا تتعين بالتعيين

في كفايته

وانما يتعلق بالذمة فالتعيين وعدمه سواء وان كان العقد على التبر والانية
فهي مما يتعين الا انها من جنس الاثمان فيثبت حكم القبض فيها فصار التعيين وعدم
التعيين سواء **قوله** المعتبر ما ذكرناه في قبض راس مال السلم اي المعتبر في قبض
راس مال السلم ما ذكرناه وهو الافتراق بالابدان يعني ان قبض راس المال قبل الافتراق
بالابدان شرط **قوله** بخلاف خيار المخيرة يرتبط بقوله لا يبطل الصرف يعني ان
لا يبطل بذهاب العاقدين معا وخيار المخيرة يبطل وان مشت مع زوجها
لان اشتغالها بالمشي دليل الاعراض عما جعل اليها فيبطل خيارها وان لم يفارق
الزوج كذا قال القدوري رحمه الله في شرحه **قوله** وان باع الذهب بالفضة
جاز التفاضل وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ووجب التقابض والاصل
فيه ما روينا في اول باب الربوا عن عبادة ابن الصامت عن النبي صلى الله عليه
قال اذا اختلف هذه الاصناف فبيعوه كيف شئتم اذا كان يدا بيد وروى عبادة
ايضا عن النبي صلى الله عليه انه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق
ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء
عينا بعين ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير و
الشعير بالبر والتمر بالملح والملح بالتمر يدا بيد كيف شئتم وقد مر في اول
باب الربوا وحدث صاحب السنن مسندا الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وتمام الحديث مع شرحه مر
قبل هذا ومعنى قوله ربوا اي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم مجازا
وذلك لان الربوا يستلزم الحرام وهذا الحديث يدل على جواز التفاضل ووجوب
التقابض جميعا قبل الافتراق لانه استثنى التقابض من الربوا فبقي بعد الاستثناء على
عمومه فجاز التساوي والتفاضل والمجازفة بين الذهب والورق فافهم **قوله**
فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد وهذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لما بينا ان التقابض قبل الافتراق بالابدان شرط بدلائل

خيار المخيرة

مقنعة

مقنعة فلما كان التقابض شرطا فاذا افترق العاقدان قبل قبض العوضين او
احدهما يفوت الشرط فيبطل العقد لعدم شرطه والدليل على ان القبض شرط
عدم صحة شرط الخيار لاحدهما وعدم صحة الاجل ايضا وهذا لان شرط
الخيار يمنع الملك فلا يبقى القبض بعد ذلك مستحقا فيفوت الشرط وبالاجل
يفوت القبض الواجب بعقد الصرف فيفوت الشرط ايضا فان ابطل
الخيار قبل الافتراق ان كان الخيار لاحدهما فابطله من له الخيار قبل افتراقهما
جاز البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد في الاستحسان وفي القياس
ان لا يجوز العقد بعد وقوعه على فساد وهو قول زفر وقد مر ذكره
مرة والقدوري ذكر القياس والاستحسان هكذا في شرحه واذا
اسقطا الاجل قبل الافتراق ان كان الاجل لاحدهما فاسقطه قبل الافتراق
صح البيع ايضا استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين
عن ابي يوسف وعن ابي يوسف ان صاحب الاجل اذا ابطل الاجل لم يصح حتى
يرضى صاحبه وفرق في هذا المعنى بينه وبين الخيار لان الاجل في الاصل لا
يمنع من وقوع الملك فاذا شرط في الصرف منع من وقوع الملك فصار كالبيع المشروط
فيه الخيار لهما لا يصح باسقاط احدهما وليس كذلك الخيار لانه موضوع في
الاصل لنفي الملك ونفي الملك باسقاط خيار صاحب الخيار خاصة فكذلك
اذا شرط في الصرف فمنع من الملك صح العقد باسقاطه خاصة ولهما ان
العقد فسد بمعنى ملحق وهو التاجيل كما فسد بمعنى ملحق وهو الخيار فاذا
صح باسقاط من له الخيار خياره وان لم يرض الاخر كذلك يصح اذا اسقط صاحب
الاجل اجله ويعود العقد الى الاطلاق كذا ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي **قوله** ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه اي في الصرف
وهو ايضاح لكون القبض شرطا وانما قيد بشرط الخيار لان خيار العيب وخيار
الرؤية لا يثبت الا في العين وقد مر ذلك في اول كتاب الصرف قال الشيخ ابو الحسن

الكرخي

وليس في الدراهم والدنانير خيار الرؤية عند اصحابنا جميعا وكذلك ساير
الديون التي يقع عليها العقود قال القدوري في شرحه وذلك لانه لا فايدة
في ردها بالخيار لان العقد لا ينفسخ بردها وانما يرجع بمثلها ويجوز ان يكون
المقبوض مثل المردود او اردى فلا يستدرك بالرد فايدة فكذلك لا يثبت
الخيار **قوله** قبل تفرقه اي قبل تقرر الفساد وانما قيد بهذا لان اسقاط الخيار
او الاجل اذا كان بعد الافتراق لا يعود العقد صحيحا ابدا لتقرر الفساد **قوله**
ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه هذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم**
ان احد العاقدين في الصرف اذا ابرا صاحبه مما عليه قبل القبض او وهبه له او
تصدق به عليه وقبل الاخر بطل الدين وانتقض الصرف لان البراءة توجب
سقوط القبض والقبض مستحق حقا لله تعالى لانه اوجب القبض شرط البقا
العقد صحيحا فاذا اتفقا على اسقاط القبض بطل العقد لفوات الشرط ولو لم
يقبل من عليه لم يبطل لان البراءة سبب الفسخ فلا يثبت بقول احدهما بعد صحة
العقد فلو لم يفعل شيئا من ذلك لكنه اشترى به عرضا من العروض او شيئا من
المكيل والموزون او قبض عنه شيئا من غير جنس الدين فالبيع فاسد وثمن
الصرف على حاله يقبضه منه ويتم العقد الاول وقال زفر البيع الثاني
جايز ويكون ثمن المبيع مثل الدين في ذمة المشتري قال القدوري في شرحه
وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا يتعين فاذا لم يتعين يقع البيع
بمثل ثمن الصرف في الذمة وجه قولنا ان كل واحد من بدلي الصرف مبيع لانه
لا بد للبيع منه ولا اولوية لواحد منهما والصرف في المبيع المنقول قبل القبض
لا يجوز قال في الشامل في قسم المبسوط [illegible] اشترى ببدل الصرف
قبل ان يقبضه لا يجوز لان القبض بدل الصرف حق الشرع فاسقاطه لا يجوز
ولم يذكر فيه خلاف زفر قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح الجامع
الكبير اختلف مشايخنا في الدراهم والدنانير انهما عند الاشارة اليهما هل
يتعينان

يتعينان في العقود ام لا قال ابو طاهر الدباس انهما لا يتعينان وحكاه عن
القاضي ابي خازم وهو قول اكثر مشايخ بلخ ونسبه الشيخ ابو سهل الشرعي الى
عامة المشايخ وقال الكرخي اذا اشار اليها تعينت ولكن يتخير هذا المشتري
ان يبيعها ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينهما وبين غيرها وسيجي البحث فيه
في باب الوكالة بالبيع والشرا ان شاء الله تعالى **قوله** فينصرف العقد الى
مطلقها اي الى مطلق الدراهم فصار كانه لم يضف العقد اليها بدل الصرف
وذلك لعدم تعين الدراهم والدنانير في المعاوضات **قوله** وليس من ضرورته
كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه هذا جواب سوال مقدر بان يقال
لو كان كل واحد من بدلي الصرف مبيعا لكان متعينا فاجاب عنه بمنع الملازمة
كما في المسلم فيه لانه مبيع واجب في الذمة وليس بعين **قوله** ويجوز بيع الذهب
بالفضة مجازفة وهذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم ان بيع** الذهب بالفضة
او الفضة بالذهب يجوز مجازفة سواء كانا متساويين في الوزن او كان احدهما
اكثر من الاخر لان المساواة ليست بمشروطة عند اختلاف الجنسين لما روى عبادة
ابن الصامت رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه قال اذا اختلف هذه الاصناف
فبيعوا كيف شيتم اذا كان يدا بيد فلما لم يكن المساواة مشروطة لم يكن المجازفة
حراما لان حرمة المجازفة لاحتمال التفاضل ولكن يشترط التقابض قبل الافتراق
بالابدان لهذا الحديث ولقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء
وهو المراد بقوله في المتن لما ذكرنا **قوله** بخلاف بيعه بجنسه مجازفة يتعلق
بقوله ويجوز بيع الذهب بالفضة يعني لا يجوز بيع الذهب او الفضة بالجنس اذا لم يعرف
العاقدان وزن واحد منهما او كانا يعرفان وزن واحد منهما ولا يعرفان وزن الاخر
او كان احد منهما يعرف وزنهما ولا يعرف الاخر وقال زفر اذا وزنا فوجدا سواء
جاز سواء عرف في المجلس او بعد التفرق وعندنا اذا وزنا في المجلس فكانا سواء جاز
وان وزنا بعد التفرق فوجدا سواء فسد والاصل فيه قوله عليه السلام الفضة

بالفضة مثلا بمثل والفضل ربوا فاذا ابيعا مجازفة لم يجز لاحتمال الربوا ولم يرد النبي
صلى الله عليه وسلم المماثلة في علم الله تعالى لانه لا سبيل اليه وانما اراد المماثلة في علم العا
قدين ولم يوجد ذلك فاما اذا وزنا في المجلس فوجد سواء فكان القياس ان لا يجوز
لان العقد وقع على فساد فلا يصح بعد ذلك وفي الاستحسان يجوز لان ساعات المجلس
جعلت كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فكان العلم بالمماثلة في المجلس
كالعلم بها في حال العقد **وجه** قوله فان الوزن تحتاج اليه المماثلة فاذا
كانت المماثلة موجودة في الواقع جاز **قوله** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال
فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من
الثمن الف مثقال ثم افترقا فالنقد ثمن الفضة وهذه من مسائل الجامع الصغير وهذا
استحسان كذا قال الفقيه ابو الليث وذلك لان قبض حصة الطوق قبل الافتراق
واجب حقا للشرع وقبض ثمن الجارية قبل الافتراق ليس بواجب ولا معارضة
بين الواجب وغير الواجب والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب وبما فيه صحة
العقد كمن ترك في صلاته سجدة صلبية واتى بسجدة السهو تصرف اخراهما الى
الصلبية وكمن ترك طواف الزيارة واتى بطواف الصدر ينقل ذلك الى طواف
الزيارة حملا لامره على الصحة فكذا هنا وكذا لو اشترى الجارية التي في عنقها
طوق فضة من الف مثقال بالفي مثقال الف منها نسيئة يكون المنقود حصة
الطوق والمؤجل حصة الجارية لان الاجل ينافي القبض المشروط في عقد الصرف
والظاهر من حال المسلم مباشرة العقد على وجه الجواز فلا جرم كان النقد حصة
الطوق دون الجارية **قوله** منهما اي من المتعاقدين **قوله** وكذا لو باع سيفا
محلى بماية درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان
المقبوض من الحلية وان لم يبين ذلك وهذه من مسائل القدوري وذلك
لان الظاهر منه الاتيان بالواجب وهو المراد بقوله لما بينا قال القدوري
في مختصره وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما يعني يكون الخمسون
المدفوع

المدفوع حصة الحلية خاصة حملا لامره على الصلاح وهذا لان الاثنين يجوز
ان يراد بهما الواحد كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرجان
من الملح دون العذب ولقوله تعالى يا معشر الجن والانس الم ياتكم رسل منكم وانما
الرسل من الانس لا من الجن وكقوله تعالى في قصة موسى وفتاه نسيا حوتهما وكان
النسيان من احدهما وهو الفتى وكما في قوله عليه السلام لمالك ابن الحويرث ولابن عم
له اذا سافرتما فاذنا واقيما وانما اراد ان يؤذن احدهما فاذا احتمل الاثنان ان
اريد الواحد فيما نحن فيه حملا لامور المسلمين على الصلاح ما امكن قال في شرح
الطحاوي ولو اشترى بالفضة فضة مع غيرها او ذهبا بالذهب مع غيره كما
اذا اشترى بالفضة سيفا محلى حليته فضة او منطقة مفضضة او
لجاما مفضضا او جارية وفي عنقها طوق من فضة مع طوقها فهذه المسائل على
اربعة اوجه في ثلاثة منها البيع فاسد وفي وجه البيع جائز اما الثلاثة التي
يفسد البيع فيها احدها ان تكون وزن الفضة المنفردة مثل وزن الفضة التي
مع غيرها لان الفضة بالفضة والفضل ربوا سواء كان الفضل من جنسها او
من خلاف جنسها **والثاني** ان تكون وزن الفضة المنفردة اقل من وزن
الفضة التي مع غيرها فلا تجوز **والثالث** اذا كان لا يدري وزنه اقل او اكثر
فالبيع لا تجوز عندنا لان جهة الفساد غالبة لانه يفسد من وجهين اذا كانا
سواء او كان وزن المنفردة اقل وتجوز من وجه واحد وهو ان يكون وزن
المنفردة اكثر فيحمل على الفساد وعند زفر تجوز البيع لان البيع لا يفسد
بالشك **واما** الوجه الذي تجوز البيع فهو ان يكون وزن المنفردة
اكثر فيكون الفضة بالفضة والزيادة بازاء خلافه وقال ايضا وكذلك
هذا الحكم فيما اشترى ذهبا مع غيره بذهب كما اذا اشترى بالذهب
ثوبا منسوجا بالذهب او اشترى جارية مع حليها والحلي من الذهب بالذهب
فهو على اربعة اوجه على ما ذكرنا **قوله** فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل

اذاع

العقد في الحلية هذا لفظ القدوري في مختصره وترتيب لفظه فان لم يتقابضا حتى
افترقا بطل العقد في الحلية والسيف اذا كانت لا يتخلص الا بضرر وان كانت يتخلص
بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية بيانه ان الافتراق موجب
لبطلان العقد في حصة الحلية لا محالة لانه صرف **اما في** حصة السيف
هل يوجب بطلان العقد ام لا فنقول ان كان لا يتخلص الحلية بغير ضرر فيوجب
البطلان في حصة السيف ايضا وان كانت يتخلص بغير ضرر فيوجب البطلان
في حصة الحلية خاصة وذلك لان البيع للحلية دون السيف او السيف دون
الحلية جائز اذا كانت يتخلص بغير ضرر ابتداء فكذا بقاء وبيع احدهما دون
الاخر لا يجوز ابتداء اذا كانت لا يتخلص الا بضرر فكذا بقاء وصار كبيع ذراع من
ثوب وجذع من سقف لكن هذا فيما اذا علم ان الدراهم اكثر من الحلية فان علم
ان الدراهم مثل الحلية او اقل لا يجوز البيع لانه يلزم الربوا وان لم يعلم ان الدراهم
مثل الحلية او اكثر او اقل حتى افترقا بطل البيع لاحتمال الربوا من وجهين وهو اذا
كانت الدراهم مثلها او اقل منها قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وكذلك
اذا اختلف التجار فقال بعضهم الثمن اكثر فيها وقال اخرون هو مثله او اقل
فان البيع باطل في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال زفر والحسن البيع
جائز حتى يعلم ان الحلية مثل الثمن او اكثر لان عقود المسلمين محمولة على الصحة
فما لم يعلم بالتفاضل فالعقد جائز **ولنا ان المماثلة** في الفضة شرط فاذا لم يعلم
لم يوجد الشرط فلا يصح العقد **قوله** ولذا في السيف اي بطل العقد في السيف
ايضا ان كان لا يتخلص الحلية الا بضرر **قوله** ولهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد
ما فيه اي جواز البيع في السيف وبطلانه في الحلية فيما اذا كانت الفضة المفردة اكثر
من فضة الحلية التي في السيف وهي الفضة المضمومة الى السيف لانه حينئذ تكون
الفضة بالفضة والباقي بمقابلة النصل والجفن والحمايل ولكن بطلانه في الحلية لفوات
شرط صحة العقد بقاء وهو التقابض قبل الافتراق **قوله** فان كانت مثله او اقل
منه

منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله فيه صنعة اللف والنشر يعني لا يجوز
البيع في السيف ايضا اذا كانت الفضة المفردة مثل ما في السيف او اقل مما في السيف
من الفضة للربوا لان الفضة بالفضة والزايد ربوا واذا كانت الفضة المفردة لا
يدري انها مثل ما في السيف او اقل او اكثر لا يجوز البيع لاحتمال الربوا من وجهين وهما
اذا كانت الفضة المفردة اقل او مثله **قوله** وجهة الفساد من وجهين فترجحت
ولا يقال لا يجوز الترجيح بما يصلح ان يكون علة وههنا كل واحد من الوجهين
علة لفساد الربوا فكيف صلح مرجحا لانا نقول معناه ان كل واحد من الوجهين
اذا كان علة لفساد البيع كان اولى بان يفسد اذا اجتمعا وليس معناه ان الفساد لم
يثبت باحدى الجهتين ما لم يثبت جهة اخرى **قوله** ومن باع اناء فضة ثم افترقا
وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان التقابض قبل الافتراق شرط صحة
العقد بقاء وهذا العقد صرف كله وقد وجد شرط الصحة في حق البعض فصح
العقد فيما وجد فيه الشرط دون ما لم يوجد فيه ولم يكن الفساد شايعا في الكل
لان الفساد طارئ وهذا لان التقابض شرط الصحة بقاء لا ابتداء فاذا كان
كذلك وقع العقد صحيحا ثم طرأ الفساد بالافتراق قبل التقابض **قوله** لانه صرف
كله اي لان هذا العقد صرف كله بخلاف مسئلة الجارية التي في عنقها طوق
فضة ومسئلة السيف المحلى فان العقد ثمة بيع وصرف فلهذا اذا دفع حصة
الحلية او الطوق قبل الافتراق جاز البيع في الكل لان التقابض ليس بشرط
فيما لم يكن صرفا وفيما نحن فيه لما كان العقد صرفا محضا اشترط التقابض في الكل
فصح فيما وجد وبطل فيما لم يوجد **قوله** ولو استحق بعض الاناء فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لانه تعيب بعيب الشركة من غير صنعه وانما قلنا انه تعيب لان
الشركة في الاعيان المجتمعة يعد عيبا لانتقاضها بالتبعيض يوضحه انه لو تزوج

امراة على دار فاستحق بعضها كان لها الخيار ولا يثبت الخيار في المهر الا بعيب
ثبت ان الاستحقاق عيب لكونه شركة فاذا ثبت العيب ثبت الخيار كما في ساير
العيوب فان اختار الاخذ اخذ الباقي بالحصة لان حصة المستحق انفسخ العقد
فيها فسقطت عنه وهذا خلاف المسئلة الاولى حيث كان الاناء مشتركا ومع هذا لم يثبت
الخيار بعيب الشركة لان العيب حصل بصنع منه وهو الافتراق قبل التقابض فظهر الفرق
قوله وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بالحصة ولا خيار له هذا
لفظ القدوري في مختصره وانما لم يثبت الخيار لان الشركة في قطعة نقرة ليست بعيب
لانها لا ينتقض بالتفريق بخلاف الاناء فاذا لم تكن عيبا لم يثبت الخيار لان الخيار
يثبت بلا سبب والنقرة قطعة فضة مذابة كذا في تهذيب الديوان فعلى هذا يكون الاضافة
في قوله قطعة نقرة من قبيل اضافة الجنس الى النوع والنقرة ايضا حفرة في الارض
غير كبيرة ونقرة القفا كذلك **قوله** قال ومن باع درهمين ودينارا بدينارين
ودرهم جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه اي قال القدوري في مختصره وعلى هذا
اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير او باع السيف المحلى بفضة
بسيف محلى بفضة ولا يعلم حليهما صح البيع عندنا وقال زفر والشافعي لا يصح العقد
اصلا لانه قابل الجملة بالجملة فما من جزء من هذا الجانب الا ويقابله جزء من الجملة في
الجانب الاخر ثم الربوا وان لم يتحقق من حيث انه مقابلة الجنس بخلاف الجنس يتحقق
من حيث انه مقابلة الجنس بالجنس وذلك لان قضية هذه المقابلة انقسام البدل
على المبدل على الشيوع الا ترى انه لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس
ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا بالاجماع فلولا ان
قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا
ولان تصحيح العقد لا يمكن الا بصرف مقابلة الجنس الى خلاف الجنس وهو تغيير لمطلق
المقابلة التي اطلقها العاقدان فلا تجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لانه يصير
المقابلة غير الاولى ويكون التصرف تصرفا اخر بناء على هذا المعقول والاحكام
اما

اما المعقول فهو ان الواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره
وقصده لا على خلاف ذلك والعاقدان قصدا المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس
الى خلاف الجنس ومتى انشا تصرفا اخر ونسخ التصرف الاول **واما** الاحكام
فمنها انه لو باع قلب فضة وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم وثوبا قيمته عشرة
دراهم بعشرة دراهم ثم باعهما مرابحة بربح عشرين لا يجوز وان امكن تصحيح التصرف
بصرف الربح الى الثوب خاصة **ومنها انه** اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه
قبل نقد الثمن مع عبد اخر بخمسماية لا يجوز ويفسد العقد فيما اشتراه او لا عنده
لانه شراء ما باع باقل مما باع وان امكن تصحيح العقد بصرف الالف الى المشترى
والباقي الى العبد الاخر **ومنها انه** لو باع عبدا مطلقا وله عبد واحد لا
يجوز وان امكن صرفه الى العبد المملوك لما فيه من ابطال وصف الاطلاق
وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن
تصحيح العقد بصرفه الى عبد نفسه **ومنها انه** لو باع درهما وثوبا بثوب
ودرهم ثم افترقا قبل التقابض لا يجوز في الدرهمين وان امكن تصحيح التصرف
بصرف الجنس الى خلاف الجنس وكذا لو باع قفيز تمر بقفيزي تمر لا يجوز
وان امكن تصحيحه بصرف النوى الى التمر والتمر الى النوى لما فيه من
ابطال وصف الاطلاق **ولنا ان العاقدين** ذكرا المقابلة مطلقة وهي
تحتمل مقابلة الجنس بالجنس وبخلاف الجنس فيحمل على مقابلة الجنس بخلاف
الجنس حملا لامور المسلمين على الصلاح لان الظاهر من حال المسلم قصد الصحة و
الصلاح كمن باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف العقد الى نصيب
البايع لا الى النصف الشايع بين النصيبين والدليل على احتمال مقابلة الجنس
بخلاف الجنس صحة التفسير فانه اذا قال بعتك الدرهمين والدينار بدينارين
ودرهم على ان يكون الدرهمان بدينارين والدينار بدرهم صح والشيء لا يجوز
تفسيره بما لا يحتمله وكذا لو قال عنيت به ذلك جاز ولا يلزم من مقابلة الجنس بخلاف

للجنس خروج المقابلة عن كونها مقابلة الجملة بالجملة الا انه تقييد احد الوجهين
دون الاخر وهو كون الجنس بخلاف الجنس لا كون الجنس بالجنس الا ترى احدا لو قال
قابلت هذه الطايفة بتلك الطايفة تحتمل ان يقابل كل واحد من احدى الطايفتين بجميع
الطايفة الاخرى او يقابل كل واحد من هذه بكل واحد من تلك على التعيين قال في
الاشارات الكلام من حيث التحقيق راجع الى ان العقد شرع جايزا والفساد انما يكون
لمفسد ومعارض فههنا ان حكمنا بالفساد مع امكان حمل اللفظ على وجه الصحة فقد اثبتنا
امرا عارضا مفسدا لم يات هو به ولم يعين فلا نجوز على انا نقول لو اريد بهذه المقابلة
مقابلة الجنس بخلاف الجنس لا يتغير اصل المقابلة بل يتغير وصفها من الاطلاق
الى التقييد وكل مطلق يجوز ان يراد به المقيد ولهذا صح التفسير كما قلنا وقد اريد المقيد
هنا بدلالة حال المتصرف فكانه هذا تصحيح التصرف على الوجه الذي قصده
المباشر لا على خلافه والجواب عن الاحكام فنقول **اما** الجواب عن مسئلة
المرابحة فهو ان الربح لو صرف كله الى الثوب لا يبقى بيع القلب والثوب جميعا مرابحة
مرابحة لانه حينيذ يكون بيع الثوب مرابحة فيلزم تغيير تصرفه اصلا
بخلاف ما نحن فيه **واما** الجواب عن المسئلة الثانية فنقول ان طريق تصحيح العقد
ثمه متعدد اذ ليس متعين فيه فيبقى الثمن مجهولا فيفسد العقد وهذا لانا لو صرفنا
خمسماية او اقل من ذلك بدرهم او بدرهمين او ثلاثة ونحو ذلك الى العبد الاخر لا
يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه فان طريق التصحيح متعين
وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس **واما** الجواب عن الثالثة والرابعة انما
لم يصرف العقد الى عبد مملوك للعاقد لانه اضاف العقد الى المنكر وهو غير
المعين ولا يمكن تصحيح تصرف المباشر في محل اخر غير المحل الذي باشر فيه **واما** الجواب
عن الخامسة فنقول لا حاجة ثمه الى صرف الجنس الى خلاف الجنس لان
العقد صح بدون ذلك واما الفساد وقع في حالة البقاء بالافتراق من غير
قبض وفيما نحن فيه لا يصح العقد ابتداء بدون صرف الجنس الى خلاف الجنس
فافترقا

فافترقا **واما** بيع قفيز تمر بقفيزين من تمرة انما لم يجز وان كان النوعي غير متحد
حقيقة لان الشرع جعلهما شيئا واحدا حيث اجرى الربوا في التمر وفي
المسئلة السابقة التي استشهد بها الخصم انما رجع المشتري بقيمة العبد في
الثوب والفرس جميعا لان بعض الافراد ليس باولى من البعض وفيما
نحن فيه تصحح العقد في صرف الجنس الى خلافه نحمل عليه **قوله** وعلى هذا
الخلاف وكذا الخلاف ايضا فيما اذا باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين
وبه صرح في طريقة الخلاف **قوله** اشترى قلبا اي سوارا **قوله** لما ذكرنا
اشارة الى قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين **قوله**
وفيه تغيير وصفه لا اصله اي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد بان يجعل
الجنس بخلافه تغيير وصف التقابل من الاطلاق الى التقييد لا تغيير اصل التقابل
لان اصل المقابلة باق كما كان ولهذا ثبت الموجب الاصلي لتقابل الكل بالكل وهو
ثبوت الملك في الكل **قوله** والطريق في المسئلة الثانية اي طريق تصحيح
العقد واراد بالمسئلة الثانية قوله اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل
نقد الثمن من البايع مع عبد اخر بالف وخمسماية **قوله** وفي الثالثة اي في المسئلة
الثالثة وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما **قوله**
وفي الاخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض
قوله ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون
العشرة بمثلها والدينار بدرهم وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند
الشافعي لا يصح هذا البيع والكلام معه هنا كالكلام في المسئلة الاولى وانما
جاز هذا البيع لان شرط جواز بيع الفضة بالفضة التماثل بالحديث وقد وجد
ذلك وزيادة درهم بمقابلة دينار ولا يشترط التساوي فيهما لاختلاف الجنسين
وانما جوزنا على هذا الوجه حملا لامور المسلمين على الصلاح ولان كل عين جاز بيعها
بجنسها جاز بيعها بجنسها وبغير جنسها كالثياب والاصل في هذه المسايل ما ذكرنا

الشيخ ابو الحسين القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان قسمة احد البدلين على الاخر
في البيع لا فائدة له الا تحصيل احكام العقد وهي الرد بالعيب والرجوع عند الاستحقاق
بثمن ووجوب الشفعة فيما فيه الشفعة فاذا كان العقد لا ربوا فيه قسم ما في احدى
الجنسين على الاخرى فما كان من ذلك لا يتفاوت قسم البدل على الاخر وان كان مما كان
من ذلك لا يتفاوت قسم البدل على الاخر وان كان مما يتفاوت قسم على القيمة و
أما ما فيه الربوا فانه يقسم على الوجه الذي يصح فيه العقد لا على الوجه المفسد
لان القسمة انما تطلب لتصحيح احكام العقد ولا يحصل احكامه الا مع صحته فلم
يجز ان يقسم قسمة يبطل بها العقد واحكامه واذا كان كذلك فالقسمة فيما فيه الربوا على
ضربين احدهما قسمة الاعتبار وهو ان يبيع الجنس بجنسه وغير جنسه فلا يجوز
العقد حتى يكون الجنس المفرد اكثر من جنسه الذي في مقابلته فيجعل الجنس مثله في
الوزن ان كان موزونا وفي الكيل ان كان مكيلا والفضل بالجنس الاخر وهذا كبيع عشرة
دراهم بخمسة ودينار والنوع **الثاني** من القسمة المخالفة بين الدليلين وهو ان
يبيع جنسين فيهما الربوا بجنسهما وهناك تفاضل مثل درهمين ودينار بدينار ودرهم
وكمدي حنطة ومد شعير بمدي شعير ومد حنطة فالعقد جائز عندنا قال في شرح
الاقطع ويسمى هذه القسمة قسمة المخالفة بين البدلين **قوله** ولو تبايعا فضة
بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء اخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة
وهذه المسئلة ذكرها هنا تفريعا ولم يذكرها في البداية لانها ليست من مسائل الجامع
الصغير ومختصر القدوري قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا تبايعا فضة
بفضة او ذهبا بذهب وزن احدهما اكثر من وزن الاخر ومع اقلهما وزنا شيء
اخر من خلاف جنسه فالبيع جائز لانه يصير وزنا بوزن والزيادة بازاء خلافه
وان كان قيمة الخلاف تبلغ قيمة الزيادة او اقل مما يتغابن الناس فيه يجوز ذلك
البيع من غير كراهة وان كانت قيمة الخلاف قليلة كالجوزة والفلس والكاغذة
وانما ادخلاه ليجوز البيع فان البيع جائز في الحكم ولكنه مكروه هكذا روي عن محمد
انه

انه كره ذلك فقيل له كيف تجده في قلبك قال اجده مثل الجبل فان لم يكن للخلاف قيمة
ككف من تراب او نحوه فان البيع لا يجوز لان الزيادة لا يكون بازائها بدل فيكون
ربوا وقال في شرح الطحاوي ايضا واذا اشترى تراب المعادن فهذا لا يخلو اما
ان يكون تراب معدن الفضة او تراب معدن الذهب اشتراه بجنسه او بخلاف جنسه
اما اذا كان تراب معدن الفضة ان اشتراه بفضة او بدراهم لا يجوز البيع لان
المعقود عليه من التراب ما فيه من الفضة دون التراب لان التراب لا قيمة له فيكون
فضة بفضة مجازفة لا يدرى تساويهما فلا يجوز وان اشتراه بذهب جاز البيع لان
الجنس قد اختلف فلا يؤدي الى الربوا ولكنه يكون صرفا وتراعى فيه شرائط
الصرف ثم ينظر ان لم تخلص من التراب شيء من الفضة تبين فساد البيع لانه اشتراه
على انه مال فاذا هو ليس بمال فهو كمن اشترى عبدا فوجده حرا او اشترى شاة
مذبوحة فاذا هي ميتة وان خلص شيء من الفضة فالبيع جائز والمشتري بالخيار
لانه اشترى شيئا لم يره فصار كمن اشترى ثوبا في سفط او سمكة في جب فانه يجوز
وله الخيار اذا راه واذا اشتراه بثوب او بعرض من العروض فالشراء جائز ولا يراعى
فيه شرائط الصرف ثم ينظر ان لم تخلص منه شيء من الفضة فسد البيع واذا خلص
جاز البيع وله الخيار اذا راه ولو اشترى ذلك التراب بمثله لا يجوز البيع لان المعقود
عليهما ما فيهما فصار كانهما تبايعا فضة بفضة مجازفة ولو اشترى تراب معدن
الذهب بتراب معدن الفضة جاز ويراعى فيه شرائط الصرف فان لم يخلص منه
شيء من الفضة او الذهب تبين بطلان العقد وكذلك اذا خلص من احدهما ولم
يخلص من الاخر تبين بطلان البيع وان خلص من كل واحد منهما جاز البيع وله
خيار الرؤية والباقي يعلم في شرح الطحاوي **قوله** ومن كان له على اخر عشرة
دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا
العشرة بالعشرة فهو جائز وهذه من مسائل الجامع الصغير قال في شروح الجامع
الصغير هنا ثلاثة فصول احدها هذا وهو ما اذا باع الدينار بالعشرة المطلقة

والثاني ان يضيف الى الدين بان يبيع الدينار بالعشرة التي عليه **والثالث**
ان يبيعه دينارا بعشرة ثم تحدث لمشتري الدينار عشرة على بايع الدينار بان
باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان **اما** اذا اضاف الى الدين صح بالاجماع و
يسقط العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب
ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا عن الكالي و
يشترط قبض الاخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد البدلين حصل الامن
عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الاخر يكون فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي
فيلزم الربوا وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة
سقطت عن بايع الدينار حيث سلمت له فلم يبق خطر الهلاك وتحقيقه ان تعيين
البدل الاخر بعد قبض احد البدلين انما كان احترازا عن الربوا ولا ربوا في
دين يسقط وانما الربوا في دين يقع الخطر في عاقبته ولهذا قلنا ان الدين بالدين
حرام ومع هذا لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين صح لفوت معنى الخطر في
دين يسقط بخلاف ما اذا لم يكن لكل واحد منهما على الاخر دين حتى تصارفا دراهم
دين بدنانير دين لم تصح **واما** اذا اطلق العقد بان باع الدينار بعشرة مطلقة
ولم يضفه الى العشرة التي هي الدين فهو جائز عندنا اذا تقاصا بالعشرة التي هي
دين استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر وجه القياس انه استبدال ببدل
الصرف قبل القبض ولهذا لم يجز هذه المقاصة بلا تراض ولهذا لو اخذ مكان الدراهم
دنانير او عرضا لا يجوز وجه الاستحسان ان العقد لما اطلق وجب به
ثمن تجب تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربوا والدين لا تصلح وفاء كذلك فلم يكن
تقاصا ثم اذا تقاصا بالتراضي جاز عندنا لانهما اقدما على المقاصة اقتضى
نسخ الصرف المطلق وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة وتحويل العقد الى صرف
اخر وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين كيلا يلزم الاستبدال ببدل الصرف
قبل القبض اذ لا يشترط في العقد المضاف الى العشرة التي هي دين قبضها لفوات
الخطر

الخطر لانه دين يسقط وايد ذلك زفر لانه لا يقول بالاقتضاء وخالفنا فيه كما
خالف في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم **واما** اذا احدث الدين بعد بيع
الدينار بالعشرة بان باع مشتري الدينار ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم
وسلم الثوب ولم يقبض العشرة ثم تقاصا العشرة في المجلس ففيه روايتان
في رواية **ابي حفص** لا يجوز واختاره شمس الائمة السرخسي وقاضي خان وفي رواية
ابي سليمان يجوز المقاصة واختاره فخر الاسلام والصدر الشهيد والزاهد العتابي
رحمهم الله وجه رواية ابي حفص ان النبي صلى الله عليه جوز المقاصة في حديث
ابن عمر في دين سابق لا لاحق ووجه رواية ابي سليمان ان العقد الاول ينفسخ
اقتضاء تصحيحا لما قصدا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه و
المسألة في كتاب الصرف قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض
بايع الدينار عشرة دراهم من المشتري او غصب منه فقد صار قصاصا ولا تحتاج
الى التراضي لانه قد وجد منه القبض **قوله** ووجهه اي وجه الجواز وهو جواب
الاستحسان **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق
الى ما قال ثمة **قوله** على ما نبينه اشارة الى قوله فيلغي ذلك للجواز اي الاضافة الى
الى الدين كان للجواز لانه دين يسقط لا خطر فيه **قوله** قال ويجوز بيع درهم
صحيح ودرهمين صحيحين ودرهم غلة اي قال القدوري في مختصره والغلة
من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة كذا في المغرب
ونقله المطرزي هكذا عن ابي يوسف في رسالته وفسره صاحب الهداية بقوله
ما يرده بيت المال ويأخذه التجار يعني يرد بيت المال الغلة لا لزيافتها بل
لكونها قطعا وفي بعض الحواشي دراهم غلة اي منكسرة وفي زاد الفقهاء الغلة من
الغلول وهو الخيانة يقال غل واغل بمعنى خان وقال الشافعي لا يجوز هذا البيع
لانه في شرح الاقطع **ولنا** ان المماثلة في الوزن هي الشرط في عقد الصرف
لقوله عليه السلام الفضة بالفضة مثلا بمثل والفضل ربوا وقد وجدت المماثلة

فجاز العقد غاية ما في الباب ان الصحيح اجود من المقطع والجودة لا اعتبار لها في
الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كان الكل
صحاح او الجميع غلة وذكر الشيخ ابو نصر البغدادي سؤالا وجوابا فقال فان قيل
البدل يختلف فانقسم عوضه على قيمته فصار حصة الغلة اقل من وزنها وهذا لا
يجوز قيل ان الجودة لا قيمة لها اذا لاقت جنسها فيما فيه الربوا قوله قال
واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم واذا كان الغالب على الدنانير الذهب
فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد اي قال القدوري
في مختصره وهذا لان الدراهم والدنانير لا تخلو عن قليل غش لانهم قالوا انها لا
تنطبع الا مع الغش فاذا لم تخل عن القليل اعتبر الغالب كما في كثير من الاحكام تعتبر
الغلبة فان غلبت الفضة او الذهب على الغش كانت الدراهم او الدنانير في حكم
الفضة الخالصة او الذهب الخالص حتى لا تجوز بيع هذه الدراهم بالفضة الا مثلا بمثل بلا
زيادة ولا نقصان وكذا لا تجوز بيع هذه الدنانير بالذهب الخالص الا مثلا بمثل وكذا
لا تجوز استقراضهما عددا بل تجب الوزن قوله وان كان الغالب عليهما الغش
فليسا في حكم الدراهم والدنانير هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه
فاذا بيعت بجنسها متفاضلا جاز اعلم ان الكرخي سمى هذا النوع الستوق فقال
والستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب فاذا كان الصفر او النحاس هو
الغالب كانت في حكم الصفر او النحاس حتى لا يباع بالصفر او النحاس الا مثلا بمثل يدا
بيد ولكن اذا بيعت هذه الدراهم بجنسها متفاضلا جاز ويصرف الجنس الى خلاف
الجنس تحويلا للعقد ويشترط القبض لكونه صرفا لانه بيع فضة بفضة فلما اشترط
القبض في الفضة اشترط في الصفر او النحاس ايضا لان في تمييزه مضرة وان بيعت
هذه الدراهم او هذه الدنانير بالفضة الخالصة او بالذهب الخالص ينظر ان كانت
الفضة الخالصة او الذهب الخالص اكثر مما في المغشوشة جاز وان كان الخالص
مثل ذلك او اقل او كان لا يدري انه اقل او مثله او اكثر لا يجوز كما مر في حلية السيف
قال

قال في شرح الاقطع عند قوله فان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم
والدنانير المراد به اذا كانت الفضة لا تتخلص من الغش لانها صارت
مستهلكة فلا اعتبار لها فاما اذا كانت تتخلص من الغش فليست مستهلكة
فاذا بيعت بفضة خالصة فهي كبيع نحاس وفضة بفضة فيعتبر على الاعتبار
وقال صاحب الهداية ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها
اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا اراد بالمشايخ
علماء بخارا وسمرقند لا مشايخ الصوفية واراد بالديار بلاد ما وراء النهر يعني
لم تجوزوا التفاضل في بيع هذه الدراهم بجنسها وان كان الغش فيها غالبا احترازا
عن الوقوع في الربوا والدراهم الغطريفية منسوبة الى غطريف ابن عطاء الكندي
امير خراسان ايام الرشيد كذا قاله المطرزي وقيل انه خال هرون الرشيد
وجملة القول هنا ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الدراهم
المضروبة على ثلاثة انواع احدها الدراهم التي ثلثاها صفر وثلثها فضة
او ثلاثة ارباعها صفر وربعها فضة او خمسة اسداسها صفر وسدسها فضة
او كان الصفر هو الغالب ونوع منها هي الدراهم التي ثلثاها فضة وثلثها صفر
او ثلاثة ارباعها فضة وربعها صفر او خمسة اسداسها فضة وسدسها صفر
او كانت الفضة هي الغالبة ونوع منها نصفها فضة ونصفها صفر فاما
النوع الاول من الدراهم فيجعل في الحكم كشيئين مختلفين صفر وفضة ولا يلغى
احدهما مغلوبا بصاحبه ويعتبر كل واحد منهما على حدة فان اشترى بهذا النوع
من الدراهم فضة خالصة او ما له حكم الفضة الخالصة فان ذلك على اربعة اوجه
في ثلاث منها البيع فاسد وفي وجه البيع جائز اما الثلاثة الاوجه التي لا
يجوز ان يكون وزن الفضة الخالصة اقل من وزن الفضة التي في الدراهم لان
الفضة بالفضة وزيادة الفضة في احدهما مع زيادة الصفر ربوا والثاني
ان يكون وزن الفضة المنفردة مثل الفضة التي في الدراهم لان الصفر يبقى ربوا

والثالث اذا كان لا يدري وزنهما فلا يجوز البيع واما الوجه الذي يجوز
البيع ان يكون وزن الفضة الخالصة اكثر من وزن الفضة التي في الدراهم فيجوز
البيع ويكون فضة بفضة والزيادة من الفضة الخالصة بازاء الصفر ويراعي
فيه شرايط الصرف حتى انه لو اخل بشرط من شرايطه فسد الصرف وبطل في الصفر
ايضا لان في تمييزه ضررا كالسيف المحلى ولو اشترى بهذا النوع من الدراهم ذهبا
يجوز البيع كيف ما كان لان الجنس قد اختلف فلا يؤدي الى الربوا ويراعي فيها شرايط الصرف
ولو اخل بشرط من شرايطه فسد الصرف وفسد البيع في الصفر ايضا لان في تمييزه ضررا
ولو تبايعا هذا النوع من الدراهم بعضها ببعض يجوز كيف ما كان متفاضلا او متساويا
لانه باع جنسين مختلفين فلا يؤدي الى الربوا والتقابض فيهما جميعا من شرطه لانه
يصرف الفضة الى الفضة وزيادة الفضة في احدهما مع الصفر بازاء الصفر الآخر
فاذا اشترط القبض في قدر الفضة اشترط في الصفر لان في تمييزه مضرة وهل يجوز
المبايعة والاستقراض عددا ام لا ينظر في ذلك ان كان يروج في معاملات الناس
وزنا وعددا فانه يجوز وزنا وعددا وان كان بعضها افضل من بعض وان كان يروج
وزنا ولا يروج عددا فلا يجوز عددا ولو اشترى به ثوبا او عرضا واشار اليه واضاف
العقد اليه فان العقد جايز ولا تعلق العقد به اذا كان يروج فيما بين الناس لان
الدراهم والدنانير الرايجة فيما بين الناس لا يتعينان في عقود المبادلات وان عينت
حتى اذا هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بهما وتجب عليه ان ينقد مثله وان كان
هذا النوع من الدراهم لا يروج فيما بين الناس فيكون حكمه حكم الستوق والرصاص
والفلوس الكاسدة يتعين بالعقد اذا اشير اليها وهلاكها قبل التسليم يبطل
العقد هذا اذا كانا يعلمان او يعلم احدهما ولا يعلم الآخر او يعلمان ولكن لا يعلم كل واحد
منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرايجة في ذلك البلد الذي
عليها معاملات الناس ولا يتعلق بالمشار اليه وان كان مما يقبله البعض ولا يقبله البعض
فيكون حكمه حكم الزيوف والنبهرجة فيجوز البيع ولا يتعلق البيع بنفسه ولكن
يتعلق

يتعلق العقد بجنس تلك الدراهم الزيوف اذا كان البايع يعلم بحاله خاصة لانه رضي
بجنس الزيوف وان كان البايع لا يعلم لا يتعلق البيع بجنس المشار اليه ولكنه يتعلق
بالجيد من النقد في البلد وكذلك الفضة المغشوشة حكمها على ما قلنا اذا كان غشها
غالبا على الفضة وعن محمد بن الحسن اعتبر الفضة وان قل في رواية الجامع الصغير ولم
يجعله مغلوبا بالصفر لكثرة الصفر وقلة الفضة حكي عن علماء الصيارفة وغيرهم
ان الفضة والصفر اذا اختلطا لم يتميز الفضة من الصفر حتى يحترق الصفر فيذهب
الصفر ويبقى الفضة فكان الصفر اسرعهما ذهابا فاذا كان هكذا لا يصير الفضة مغلوبة
بالصفر وان قلت وكذلك حكم الذهب اذا خلط بغيره فهو على هذه الاقسام
واما اذا كان مموها بماء الذهب والفضة فالتمويه ليس بشيء ولا يعتبر ذلك
ولا يراعي فيه شرايط الصرف لانه لا يتخلص وهو بمنزلة اللون واما النوع الثاني
من الدراهم تجعل في حكم الفضة الخالصة ويكون الصفر مغلوبا بالفضة ولو اشترى
بهذا النوع من الدراهم فضة خالصة لا يجوز الا سواء بسواء وزنا بوزن والمبايعة و
الاستقراض لا يجوز الا وزنا الا اذا اشترى به ثوبا او عرضا بعينه واشار اليه و
اضاف العقد فان العقد جايز وان لم يسم وزنه لانه يصير مغلوبا بالاشارة ولكن لا
يتعين للعقد وكذلك حكم الفضة المغشوشة اذا كان غشها قدر ثلثها او اقل فيكون
حكمها كالفضة الخالصة واما النوع الثالث وهو ان يكون نصفها فضة ونصفها صفرا فهذا
النوع من الدراهم لم يقطع محمد رحمه الله القول فيه وقال ان كانت الفضة هي الغالب
فيكون حكمه حكم النوع الذي ثلثاه فضة وثلثه صفر وان كان مما يغلبه الصفر
فيكون حكمه حكم النوع الاول احكامه على ما ذكرنا وهذا كله من شرح الطحاوي
وقال في التحفة وان كان في الغش مع الفضة سواء فيكون حكمه حكم الفضة في انه لا
يباع الا وزنا ولا يجوز بيعه مجازفة وعددا واذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع
تراعي فيه طريق الاعتبار ان علم ان الفضة الخالصة التي جارية يكون الفضة بازاء
الفضة وزنا والزيادة الغش وان كانت الفضة الخالصة اقل من الفضة التي في المغشوش

او مثلها ولا يدري لا يجوز لما فيه من الربوا **قوله** ثم ان كانت تروج بالوزن يعني ان كانت
الدراهم التي غشها غالب او الدنانير التي غشها غالب تروج بالوزن فيعتبر الوزن
في المبايعات والاستقراض وان كانت تروج عددا فيعتبر العدد وان كانت تروج
بهما يعتبر ان جميعا اعتبارا للعادة فيما لم ينص عليه **قوله** وان كان البايع يعلم
بحالها اي حال الدراهم او الدنانير المغشوشة وان كان البايع لا يعلم لا يتعلق العقد
بجنس المشار اليه بل يتعلق بالجيد من نقد البلد وقد مر تمام البيان قبل هذا **قوله**
واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها اخر ما يتعامل
الناس بها وهذا لفظ القدوري في مختصره اي اشترى بالدراهم التي غشها غالب ثم كسدت
قال في الفتاوى الصغرى وتفسير الكساد مذكور في البيوع انها لا تروج في جميع البلدان
ثم قال هذا على قول محمد اما عندهما الكساد في بلدة يكفي لفساد البيع في تلك البلدة
بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس
وعنده لا لانه يعتبر اصطلاح الكل وقال ايضا ولو كان مكانه نكاح يجب مهر
المثل وفي العيون ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان
لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن فاما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج
في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبايع الخيار ان شاء قال اعط مثل
النقد الذي وقع عليه العقد وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير **وجه** قولهما ان الكساد
لا يوجب الفساد لان غاية ما في الباب ان التسليم يتعذر به وتعذر التسليم لا يوجب
فساد العقد كمن باع برطب ثم انقطع فاذا بقي العقد وقد تعذر التسليم تجب قيمة ما وقع
عليه العقد ولكن عند ابي يوسف تجب القيمة وقت البيع لانها كانت مضمونة وعند محمد
تجب القيمة يوم الانقطاع لان الحق انتقل الى القيمة في ذلك اليوم قال في التتمة وهذا
كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثليا وانقطع قال ابو يوسف تجب قيمته يوم الغصب
وعند محمد يوم الانقطاع ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الثمنية بطلت
بالكساد

يوجب صح

بالكساد لان الدراهم التي غشها غالب انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك
الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح فلم تبق ثمنا فبقي البيع بلا ثمن والبيع بلا ثمن
باطل واذا بطل العقد يجب على المشتري رد المبيع على البايع ان كان قايما وان كان
هالكا يجب رد قيمته يوم القبض كالمقبوض على وجه البيع الفاسد **قوله**
وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن اي ما بقي الاصطلاح على الثمنية بعد الكساد فيبقى العقد
حينئذ بيعا بلا ثمن وذلك باطل ونقل في خلاصة الفتاوى عن المحيط ولات
باع متاع الغير باذنه بدراهم معلومة واستوفى الدراهم فقبل ان يدفع
الى صاحب المتاع كسدت الدراهم لا يفسد البيع لان حق القبض له وتجوز البيع
بالفلوس هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه نوع من انواع المال
فيجوز البيع به كساير الاموال **قوله** فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تعين
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها
قال ابو الحسن الكرخي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد الفلوس في الدراهم و
الدنانير اثمان الاشيا لا يتعين في البيع وان شرط المتبايعان اعيانها ويكون
ما اوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه دينا في ذمته وللاخر كل واحد منهما
ان يسلم ما شرط من العين ان شاء اعطى العين وان شاء اعطى مثلها وليس للمشتري
منه ان يجبره على تسليم العين اليه والخيار في ذلك الى البايع دون المشتري
قال القدوري في شرحه وذلك لان الفلوس النافقة لا فايدة في تعينها فصارت
كالدراهم والدنانير واذا لم تتعين فالعاقد بالخيار ان شاء سلم ما اشار اليه وان شا
سلم غيره وان هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها لانه لم يقع عليها وهذا الخلاف ما
اذا كانت كاسدة لانها مبيعة والمبيع لا يصح اطلاق العقد عليه ما لم تتعين والنافقة
الرايجة **قوله** واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة
خلافا لهما هذا الخلاف الذي ذكره القدوري خلاف ما ذكر في الاصل وشرح الطحاوي
والاشارات لانه ذكر بطلان البيع عند الكساد فيها بلا خلاف قال في الاشارات

اذا اشترى شيئا بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافا لزفر
وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلوس او الدراهم
ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه
ينظر ان كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع لان كساد الفلوس بمنزلة هلاكها
وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل
البيع استحسانا لان كساد الفلوس بمنزلة الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل
القبض يبطل العقد والقياس ان لا يبطل لانه قادر على اداء ما وقع العقد عليه و
قال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان كسادها
بمنزلة عيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه
الخيار والاول اظهر ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت
الفلوس قبل ان يقبض النصف الاخر بطل البيع في نصفها وله ان يسترد نصف الدرهم ولو
اشترى فاكهة او شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقدها وقد
قبض المبيع فسد البيع وله ان يرد المبيع اذا كان قائما او قيمته او مثله ان كان هالكا
وروي عن ابي يوسف انه قال عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين
المسئلة الاولى وهو انه اذا باع الفلوس بدرهم لان هناك لو اوجبنا رد قيمة
الفلوس تمكن فيه الربوا وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعا اذا لم يكسد الفلوس
غير ان قيمتها غلت او رخصت فلا يبطل البيع وعلينا ان ينقد مثل العدد الذي اوجبه
العقد ولا ينظر الى القيمة الى هنا لفظ شرح الطحاوي والباقي يعلم ثمة **قوله** وهو
نظير الاختلاف الذي بيناه اي الاختلاف في كساد الفلوس كالاختلاف في كساد الدراهم
التي غشها غالب يعني عند ابي حنيفة يبطل البيع بكساد الفلوس وعندهما لا يبطل
ولكن عند ابي يوسف تجب قيمتها يوم البيع وعند محمد اخر ما يتعامل الناس بها وهو
يوم الانقطاع في السوق **قوله** ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة
رضي الله عنه عليه مثلها وهذه المسئلة لم تذكر في البداية وانما ذكر ههنا تفريعا على
ما تقدم

ما تقدم والمتاقبة باكساد اختيارا من الرخص والغلاء لان الاسبيجابي
ذكر في شرح الطحاوي واجمعوا ان الفلوس اذا لم تكسد ولكن غلت قيمتها او
رخصت فعليه مثل ما قبض من العدد قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا
استقرض الرجل من الرجل دراهم بخارية او طبرية او فلوسا في الحال التي يتعامل
بها ثم كسدت فان بشر بن الوليد قال سمعت ابا يوسف قال عليه في قياس قول ابي
حنيفة مثلها ولست اروي ذلك عنه ولكن لرواية في الفلوس اذا اقرضها ثم كسدت
قال ابو الحسن لم تختلف الرواية عن ابي حنيفة في قرض الفلوس اذا كسدت ان عليه
مثلها قال بشر وقال ابو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في
الدراهم التي ذكرت لك اصنافها وقال محمد عليه قيمتها اذا كسدت في اخر وقت
نفاقها قبل ان تكسد وجه قول ابي حنيفة ما قال القدوري ان القرض يقتضي ضمان
المقبوض بمثله ورد المثل ممكن فلم تجز العدول الى القيمة ولان بالكساد تغيرت القيمة و
هذا لا يوجب القيمة كما لو رخصت ولان الكساد خروج الفلوس عن كونها ثمنا ولا يختص
الاستقراض بها مع ثمن ولهذا يجوز الاستقراض بعد الكساد ابتداء فلان يجوز البقاء
اولى ولهما ان الكساد يخرجها من حكم جنسها لانها كانت اثمانا فكانت كالعروض فتعذر الرد
على الوجه الذي قبضت فتعين القيمة ثم اختلفا في وقت القيمة كما اختلفا في المغصوب المثلي
اذا انقطع فعند ابي يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وسيجيء بيان
تلك المسئلة في اول كتاب الغصب ان شاء الله قال القدوري واذا ثبت من قول ابي حنيفة
في قرض الفلوس ما ذكرنا فالدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة والطبرية
واليزيدية هي التي تغلب الغش عليها فتجري مجرى الفلوس فلذلك قاسها ابو يوسف
على الفلوس **قوله** وقول محمد انظر للجانبين اي لجانب المقرض والمستقرض وهذا لان على
قول ابي حنيفة تجب رد المثل وهو كاسد فيتضرر بالمستقرض وعلى قول ابي يوسف تجب
القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر
بالمستقرض فكان قول محمد نظرا لهما جميعا **قوله** وقول ابي يوسف ايسر لان

قيمة يوم القبض معلومة للمقرض وساير الناس وقيمة يوم الانقطاع تشتبه على الناس و
يختلفون فيها فكان قول ابي يوسف ايسر قوله ويوجبه رد العين معنى اي
يوجب القرض رد العين حكما لانه لو لم يجعل كذلك يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو
حرام وقد مر بيانه مرة في باب السلم قوله والثمنية فضل فيه اي في القرض قوله
اذ القرض لا يختلف به الضمير راجع الى الثمنية على تاويل معنى الثمنية ويجوز ان يرجع
الى الثمن الذي دل عليه قوله والثمنية قوله واصل الاختلاف اي الاختلاف بين
ابي يوسف ومحمد قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع
بنصف درهم من الفلوس هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية و
كذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك كذا
ذكر الخلاف في المختلف والحصر وغيرهما وجه قول زفر ان الفلوس تعتبر بالعدد
وتقدر به لا بالدانق والدرهم فاذا لم يبين عدد الفلوس كان مجهولا فلا يجوز ولان
العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفاؤه من الفلوس تكون شرط صفقة في
صفقة فلا يجوز كما لو اشترى بدرهم فلوس ولنا ان كلامنا فيما اذا كان ما يباع
بنصف درهم او بدانق من الفلوس معلوما عند الناس بان يكون الدرهم او الدانق
عبارة عن قدر من الفلوس كما يكون كذلك في بعض البلاد فاذا كان قدر الفلوس
معلوما كان كانه صرح بقدرها فجاز لعدم الجهالة ولا نسلم ان العقد وقع على الدانق
والدرهم بل وقع على الفلوس لانه اوضحه بلفظ الفلوس والفلوس يستعمل في الكسور
صونا للدراهم عن الكسر وذكر الدانق لتقدير الفلس الواجب بالعقد بخلاف ما اذا
اشترى بدرهم فلوس لان الفلوس لا يستعمل مكان الدرهم فكان العقد واقعا على
الدرهم ثم شرط ايفاؤه من الفلوس شرط صفقة في صفقة فلا يجوز كذا في اشارات
الاسرار قوله والكلام فيه اي فيما اذا كان معلوما قوله ولو قال بدرهم فلوس
او بدرهمين فلوس فكذا عند ابي يوسف ذكر هذه المسألة تفريعا على ما تقدم من مسألة
القدوري قال في الاصل واذا اشترى الرجل من الفاكهة او من اللحم بدانق فلوس
او بدانقين

او بدانقين فلوس او بقيراط فلوس فهذا جائز وعليه من الفلوس ما يسمى لان الدانق و
القيراط معروف ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس
وهو في الدراهم اخس الى هنا لفظ محمد في الاصل وقال في المختلف والحصر قال هو كذا
في القياس فلم يذكر انه يجوز اولا اي قال محمد في الاصل هكذا ولكن لم يصرح بالجواز
عنده ثم قال في المختلف والحصر وعن ابي يوسف انه يجوز وعن محمد انه لا
يجوز لانه لا تعامل فيه بخلاف دانق فلوس ولابي يوسف انه باع بثمن معلوم فصار
كدانق فلوس قال مشايخنا قول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا بما وراء النهر
لان قدر ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وايراد هذه المسألة وهي شرى الفاكهة
بدرهم فلوس في كتاب الصرف لانه يشبه مبادلة الدرهم بالفلوس وهما من
جملة الاثمان والصرف نوع بيع يقع في الاثمان قوله سيما في ديارنا هذا تركيب
عجيب فينبغي ان يقال ولا سيما كما قال امرؤ القيس ولا سيما يوم بدارة جلجل قوله
قال ومن اعطى الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة
جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما اي قال القدوري في مختصره وهذه الرواية
عن المختصر لم يثبتها الشيخ ابو نصر البغدادي وقال هو غلط من الناسخ لان العقد فيه
فاسد عند ابي حنيفة وعندهما جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الاخر على الخلاف
في الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد وقال في المنهاج اذا دفع درهما
وقال اعط بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم الا حبة جاز
البيع في حصة الفلوس وبطل في حصة الفضة قيل وعلى قياس قول ابي حنيفة يفسد
في الكل وذكر القدوري انه يجوز البيع وكانت الفلوس والنصف الا حبة بدرهم الى هنا
لفظ كتاب المنهاج للامام شرف الدين ابي حفص عمر ابن محمد بن عمر الانصاري
العقيلي وجه قولهما ان بيع النصف بالفلوس جائز وبيع النصف الا حبة بالنصف
الا حبة باطل لانه حرام لكونه ربوا وثبوت المعلول بقدر العلة فلا جرم لم يتعد
المفسد في البعض الى البعض الاخر ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الفساد في

في البعض يشيع الى الاخر لان الصفقة واحدة فكان قبول العقد فيما لا يجوز شرطا
لصحة العقد فيما يجوز فيفسد في الكل لان البيع يبطل بالشروط الفاسدة **قوله**
والفساد قوي اي الفساد في حصة الفضة قوي لكونه مجمعا عليه فيشيع الى
حصة الفلوس ايضا **قوله** وقد مر نظيره اي في اخر باب البيع الفاسد في
مسئلة الجمع بين العبد والحر فاذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصله
لا يشيع عندهما وقال ابو حنيفة يشيع **قوله** ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه
كجوابهما لانهما بيعان ذكر هذا تفريعا على ما تقدم وفيه نظر لانه يفهم من هذا الجواب
ان قول ابي حنيفة كقول صاحبيه اذا كرر لفظ الاعطاء بان يجوز العقد في حصة
الفلوس ويبطل في حصة الفضة وليس كذلك فان محمدا ذكر في كتاب الصرف
من الاصل وقال واذا دفع الرجل الى رجل درهما فقال اعطني بنصفه فلوسا كذا كذا فلسا
واعطني بنصفه الباقي درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حبة فان هذا فاسد
لانه صرف نصفه بنصف الا حبة وينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان يفسد في الفلوس
والدرهم الصغير جميعا لانهما صفقة واحدة فاذا فسد بعضها فسد كلها وفي قول ابي يوسف
الفلوس جائز لازمة له والدرهم الصغير بنصف درهم الا حبة باطل الى هنا لفظ محمد
في الاصل فقد صرح ان الصفقة واحدة وصاحب الهداية قال انهما بيعان **قوله**
ولو قال اعطني بنصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز هذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لانه قابل الدرهم بالفلوس ونصف درهم الا حبة فجاز ذلك لان الدرهم لما كان
عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كانه قال اعطني بهذا الدرهم كذا كذا فلسا ونصف
درهم الا حبة فلو صرح بهذا جاز فكذا اذا ذكر ما هو بمعناه فكان النصف الا حبة بازاء
من الفضة من الدرهم والفلوس بازاء الباقي من الدرهم قال في الاصل ولو شارطه
فقال اعطني كذا كذا فلسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم الا قيراطا كان هذا جائز كله
اذا تقابضا قبل ان يتفرقا **قوله** في اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد بالمختصر
مختصر القدوري وبالمسئلة الثانية قوله ولو قال اعطني بنصفه فلوسا ونصفا
الا حبة

الا حبة جاز يعني لم يذكر في اكثر نسخ مختصر القدوري المسئلة الاولى وهو قوله ومن
اعطى الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في
الفلوس وبطل فيما بقي ولهذا قال في شرح الاقطع وهو غلط من الناسخ وقوله
فلوس مجرور على انه صفة لدرهم هو فلوس وتجوز بالنصب ايضا على انه صفة للنصف
في قوله نصف درهم والله اعلم

كتاب الكفالة

ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث ان الكفالة تكون غالبا في البياعات ولان في الكفالة
اذا كانت بامر معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة
اعلم ان الكفالة في اللغة الضم منه قوله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ
بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله الله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفي الشريعة
ضم ذمة الى ذمة في المطالبة دون الدين وعلى اختيار بعض المشايخ في اصل الدين
وهو مذهب الشافعي والاول اصح حتى لا يلزم الدين الواحد دينين لان
الالف المكفول به بعد الكفالة باق على ذمة الاصيل كما كان فلو ثبت الدين مع
هذا على ذمة الكفيل كان الالف الواحد الفين وليس من ضرورة المطالبة وجوب الدين
الا ترى ان الوكيل بالشراء يطالب بالثمن واصل الثمن على الموكل ولهذا لو ابرأ البايع
الموكل عن الثمن صح وشرائط الكفالة كون الكفيل من اهل التبرع لان الكفالة تبرع
بالتزام المال فلا يصح من الصبي والعبد المحجور عليهما وكذا لا يصح كفالة المكاتب وكذا
لا يصح كفالة المريض الا من الثلث ومن شروطه ايضا ان يكون الدين صحيحا
سواء كان على الصغير او على العبد المحجور لانه يطالب بعد العتق **واما** الكفالة ببدل
الكتابة لا تجوز لانه ليس بدين صحيح لانه لا تجب للمولى على عبده شيء وانما وجب
مخالفا للقياس لصحة الكتابة نظرا للعبد حتى يصل الى العتق ثم المكفول به نوعان
الديون والاعيان والكفالة بالدين جائزة بلا خلاف وصاحب الدين مخير بين
مطالبة الاصيل والكفيل ولا توجب براءة الاصيل خلافا لابن ابي ليلى وذلك
فاسد لانه حينئذ يصير الكفالة كالحوالة والكفالة بالاعيان ثلاثة انواع احدها

الكفالة بعين هو امانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة وهي لا تصح
اصلا **والثاني** الكفالة بعين هو امانة لكنه واجب التسليم كالعارية والمستاجر
وكذا العين المضمون بغيره وهو لا يجب عند هلاكه هو مثله ولا قيمته ان لم يكن له مثل
كالمبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين والجواب في الكل واحد وهو
انه يصح الكفالة بتسليم العين فمتى هلك لا تجب على الكفيل قيمة العين **والثالث**
العين المضمون بنفسه وهو ما يجب عند هلاكه مثله اي ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن
له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء يصح الكفالة وتجب عليه
تسليم العين ما دام قايما واذا هلك تجب عليه تسليم قيمته متى ثبت الغصب بالبينة او
بالاقرار ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى من قبيل القسم الثاني فانه مضمون بالتسليم
فانه تجب عليه تسليم النفس والاحضار الى باب القاضي حتى يقيم الخصم البينة يصح الكفالة به
عندنا خلافا للشافعي ولكن لو هلك الكفيل لا شيء عليه من المال المدعى به ولا يواخذ
من تركته كذا في تحفة الفقهاء والباقي يعلم ثمه **وركن** الكفالة ايجاب الكفيل و
قبول المكفول له خلافا لابي يوسف في القبول **وحكمها** وجوب المطالبة على الكفيل بما
على الاصيل وعند الشافعي حكمها وجوب الدين على الكفيل **والفاظ** الكفالة مثل
قوله انا ضامن ما عليه او كفيل بذلك او قبيل او زعيم او هو علي او الي او هو لك عندي
او هو لك قبلي واذا اقر وقال لفلان عندي كذا يكون اقرارا بالوديعة وههنا حمل
على الضمان لان قوله عندي هو في يدي ويحتمل في ذمتي فيقع على الادنى وهو الوديعة
واما الدين فلا يكون في اليد بل في الذمة فحمل على الوجوب كذا في التحفة و
الاصل في صحة الكفالة قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم اي انا لحمل
البعير كفيل اؤديه الى من جاء به واراد وسق بعير من طعام جعلا لمن حصله
كذا في الكشاف وقوله تعالى سلهم ايهم بذلك زعيم وقوله عليه السلام الزعيم غارم
ثم لا بد ههنا من معرفة اربعة اشياء المكفول له وهو الداين والمكفول عنه
وهو المديون والمكفول به وهو المال او النفس والكفيل وهو الذي عليه المطالبة

بما على الاصيل **قوله** قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة
بالنفس جايزة والمضمون بها احضار المكفول به اي قال القدوري في مختصره
قال علماؤنا الكفالة بنفس من عليه الدين وبالاعيان المضمونة نحو
المغصوب والمستعار تصح وقال الشافعي لا تصح في النفس قولا واحدا وله
في العين قولان لذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقد جعل
عدم صحة الكفالة بالنفس عند الشافعي قولا واحدا كما ترى وفيه نظر لانه قال
في شرح الاقطع جواز الكفالة بالنفس خلاف احد قولي الشافعي وهو الصحيح لانه
اثبت في وجيزه صحة كفالة البدن عن كل من وجب عليه الحضور بمجلس
الحكم على الاظهر لانه حق كالدين ولا يشترط كونه مالا وجه احد قولي الشافعي
انه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقبة في مثله لا سيما اذا كانت الكفالة بلا امر
المكفول عنه والمال ليس كذلك لانه يقدر على تسليمه من مال نفسه وكذا لا يقدر
على تسليم النفس اذا كانت الكفالة بالامر لانه لا يثبت له ولاية نفسه وجه
قول اصحابنا رضي الله عنهم قوله عليه السلام الزعيم غارم قال في الفايق والكشاف
الزعيم الكفيل ويدل الحديث بعمومه على صحة نوعي الكفالة من النفس والمال
ولا نسلم انه لا يقدر على تسليمه بل تسليمه مقدور بان يدل مكانه الطالب او يستعين
باعوان القاضي ولان الحضور حق واجب على الاصيل فيصح الكفالة به كساير
الحقوق ولا يقال لو صحت هذه الكفالة لم يبرا الكفيل بلا اداء ولا ابراء فاذا
مات المكفول عنه يسقط الكفالة فعلم ان الكفالة ليست بصحيحة لانا
نقول بالموت يسقط الحضور عن الاصيل وسقوط الحق منه يوجب سقوطه عن
الكفيل ولا يقال التمسك بالحديث لا يصح لان النبي عليه السلام جعل الزعيم غارما و
الزعيم بالنفس لا يغرم شيا لان الغرم في اللغة ما يلزم اداؤه والغرامة اللازم
كذا في الجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار قد قال بعض مشايخنا وجد ركن
الكفالة وامكن تحقيق معنى الكفالة ووجد المعنى الداعي الى تصحيحه فوجب

القول بصحته قياسا على الكفالة بالدين اما ركن الكفالة فانه يتحقق بالفاظ
الكفالة كقوله ضمنت او كفلت او نحو ذلك مع وجود الايجاب والقبول وقد حصل
ذلك واما معنى الكفالة فقد وجد ايضا لانه هو الضم لغة كما مر قبل هذا وبهذا العقد
حصل ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في الايجاب ما كان واجبا على الاصيل واما
المعنى الداعي الى تصحيح الكفالة فحاجة المكفول له لانه ربما يعجز عن استيفاء حقه
عن الاصيل بغيبته او بامتناعه عن القضاء فيحتاج الى الكفيل حتى لو عجز عن الاستيفاء
عن الاصيل يستوفي من الكفيل وهذا المعنى موجود في الكفالة بالنفس لانه ربما يعجز عن
الوصول الى حقه الا بالكفالة فصحت الكفالة دفعا للحاجة فان قلت يرد عليكم
الاحكام منها ان الكفالة بنفس من عليه القصاص والحدود لا يصح وان كان تسليم النفس
واجبا حقا للعبد ومنها ان الكفالة بنفس الشاهد لا يصح وان كان تسليم النفس
لاداء الشهادة واجبا عليه كتسليم النفس للجواب ثمنا قلت لا نسلم ان
الكفالة بنفس من عليه الحد لا تصح بل تصح لانه نص في اول كتاب الكفالة من مختصر
الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس
وما دون النفس تصح انما الخلاف في الجبر على اعطاء الكفيل في الحدود لا تجبر
بالاجماع وفي القصاص عند ابي حنيفة لا تجبر وعند صاحبيه تجبر وقال الشافعي في
تتمة المبسوط وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس لان هذه
الحقوق من حقوق العباد من وجه او من كل الوجوه فيجوز ولا تجوز بنفس الحد لانه
لا يمكن من عنده نفسه الى ان قال الشافعي وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
ثم ان جرينا معه في حد الزنى والشرب فنقول انما لم يصح لا لانه حق الشرع بل لانه
امر يحتال لدرئه والكفالة للاستيثاق والاحتياط للاستيفاء فلا تليق به واما
الكفالة بنفس الشاهد فانما لم تصح لانها ليست مفيدة لان الشاهد عند مطالبة
المدعي اياه لاداء الشهادة اما ان يحضر او لا ففي الاول لا حاجة الى الكفيل وفي
الثاني يلزم فسقه لامتناعه عن الواجب ولو ادى الشهادة بعد الفسق لا
يقبل

يقبل شهادته بخلاف ما نحن فيه لانه اذا احضره الكفيل اذا امتنع المكفول عنه عن
الحضور يقع الكفالة مفيدة قوله بنوعيه الضمير راجع الى الكفالة على تاويل عقد
الكفالة قوله بطريقه اي بطريق التسليم قوله يخلي بينه وبينه اي فيخلي
الكفيل بين الطالب وبين المكفول قوله والحاجة ماسة اليه اي مهمة الى عقد
الكفالة وقد تم وجه الحاجة قوله وهو الضم في المطالبة له فيه اي معنى الكفالة
ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة الثابتة للمكفول له في الاصيل قوله
وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه او بنصفه او بثلثه قال صاحب الهداية وكذا
ببدنه وبوجهه وذلك لان هذه الاشياء بعضها يعبر به عن البدن حقيقة كما في
النفس والجسد والبدن وبعضها يعبر به عن البدن عرفا لا حقيقة فكان التكفل
بهذه الاشياء كالتكفل بالذات فصحت الكفالة وكذا اذا اضاف الكفالة الى جزء شائع
يثبت ويسري الى الجملة كما في الطلاق والعتاق وهذا لان الكفالة لا يتجزى
في النفس الواحدة بان يكون بعضها كفيلا وبعضها لا فاذا كان كذلك سرى الى الكل
لان البعض ليس باولى من البعض وهذا بخلاف ما اذا اضاف الكفالة الى جزء معين
لا يعبر به عن البدن كاليد والرجل ونحو ذلك حيث لا يصح الكفالة لانه لما عين جزءا
خاصا كان اولى بالارادة من ساير الاجزاء ولكن الكفالة ليست بمتجزية
فلغت لعدم تجزيها ولهذا لم يصح اضافة الطلاق الى جزء خاص لا يعبر به عن
البدن قوله اليهما اي الى اليد والرجل قوله وفيما تقدم اي في الجزء
الشائع كالنصف والجزء يصح اضافة الطلاق فكذا يصح اضافة الكفالة قوله
وكذا اذا قال ضمنته هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه او هو علي
او الي او انا زعيم به او قبيل وهذه كلها من الفاظ الكفالة اما قوله ضمنته
فهو تصريح بموجب الكفالة لان موجبها ضمان الكفيل بما وجب على الاصيل في
العقد فينعقد بالتصريح بموجبه كانعقاد البيع بلفظ التمليك واما قوله علي فهو

من ألفاظ الوجوب وأفاد الضمان فصحت الكفالة به وقد ذكر في مبسوط أو كتاب الكفالة
والحوالة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة فقال عليه السلام أعلى صاحبكم دين فقالوا نعم
فامتنع عن الصلاة فقال أبو قتادة هو علي يا رسول الله فصلى وأما قوله إلي
فهو من ألفاظ الضمان أيضا فكأنه قال ضمانه متوجه إلي وأما قوله أنا زعيم فهو
بمعنى الكفيل من قولك زعم به أي كفل به يزعم زعامة قال عليه السلام الزعيم غارم
وأما قوله قبيل فهو بمعنى الكفيل أيضا من قولهم قبل به أي كفل به بفتح العين في الماضي
وضمها وكسرها في المضارع قبالة والحميل أيضا بمعنى الكفيل يقال حمل به حمالة
بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع أي كفل به ومنه ما روي في الفائق عن
النبي صلى الله عليه الحميل غارم قوله وقد ذكرنا فيه إشارة إلى قوله عليه السلام الزعيم
غارم ومعنى قوله عليه السلام من ترك كلا أو عيالا فالي أي من ترك يتيما أو عيالا
لأن الكل يجيء بمعنى اليتيم والعيال وههنا أريد اليتيم بدلالة العطف لأنه يقتضي المغايرة
قوله بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفة فلان لأنه التزم المعرفة دون المطالبة يتصل
بقوله وكذا إذا قال ضمنته يعني ذلك من ألفاظ الكفالة وهذا لأن في الأصل لو قال أنا
ضامن لمعرفة فلان أو ضامن لأن أدلك عليه أو لأن أدلك على منزله لا يكون كفالة ولو
قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ كذا نقل في خلاصة الفتاوى
عن شرح الشافي قال الفقيه أبو الليث روى عن علي ابن أحمد عن نصير قال سألت ابن علي
ابن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان
أما في قول أبي حنيفة وأبي … لا يلزمه شيء وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس
وعرفهم ثم قال الفقيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور
والظاهر ما روي عن أبي حنيفة ومحمد قال في خزانة الواقعات وبه يفتى أي بظاهر
الرواية وقال في الفتاوى الصغرى إذا قال لآخر أنا شناسا فلان بن فلان قال الفقيه أبو
جعفر يكون كفيلا وقال الفقيه أبو الليث لا وعليه الفتوى ثم نقل في الفتوى الصغرى
عن الواقعات أن الفتوى على أنه يصير كفيلا ثم قال فيها إذا قال فلان أشناسا
من است

من است أو قال أشناسا است صار كفيلا بالنفس عرفا ولو قال أنا أجيء ترا بر فلان راست
من جواب كويم فهو كفالة بحكم العرف ولو قال أنا أجيء ترا بر فلان راست من نفس ثم
لا يكون كفالة من غير تغيير أن يقضي بنده بار قال … ثم لا تجب ونقله عن دني
شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله قوله فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول به
في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم وذلك لأن الكفالة بالنفس نوع
ضمان فيصح التأجيل فيها كالكفالة بالمال فإذا حل الأجل يجب الإحضار إن كان ممكنا
ويتوقف الحق على مطالبة صاحب الحق لأن الحق له فإذا امتنع عن الإحضار حبس
لأن الحق واجب عليه ويمكنه الخروج فصار كمن عليه دين فامتنع من الأداء قال في تحفة
الفقهاء ثم الكفيل بالنفس يؤخذ بإحضار المكفول عنه ما دام إحضاره ممكنا
مقدورا فإن صار بحال لا يقدر على إحضاره بوجه من الوجوه بأن مات بطلت الكفالة
ولا شيء على الكفيل وأما إذا كان يرجى حضور المكفول عنه بأن غاب فإنه يتأخر
المطالبة بالإحضار عن الكفيل للحال ويؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار في تلك المدة
فإن لم يحضره ظهر تعنته ومماطلته فإنه يحبس الكفيل فإذا ظهر للقاضي أنه تعذر عليه الإحضار
بدلالة الحال أو شهد الشهود بذلك فإنه يخرج من الحبس وينظر إلى وقت القدرة كما
في الإعسار في حق الدين وإذا أخرجه القاضي فإن الغرماء يلازمونه ولا يحولون
بينه وبين الغرماء ولكن ليس للغرماء أن يمنعوه من أشغاله في الإفلاس سواء قوله
ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فإن مضت ولم يحضره يحبسه
ذكر هذا بسبيل التفريع هذا إذا علم مكان المكفول به أما إذا لم يعلم سقطت المطالبة
قال في كفاية البيهقي وإن تعذر الإحضار لغيبته يؤجل الكفيل بمقدار المسافة
في رجوعه وذهابه فإن أحضر وإلا حبس لأنه متصور إحضاره بهذا الطريق
غير أنه لا يحال بين المكفول له والكفيل بالنفس عن لزومه بإحضار المكفول به
ليلا ونهارا ولا يمنعه من التصرف فيما لا بد له من القوت والكسوة لنفسه وعياله

بالمعروف وقال في الشامل فان كان في موضع تعذر الخروج اليه لم تحبس لانه لا يقدر على
احضاره **قوله** قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه
فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة وهذا لفظ القدوري في مختصره
الا قوله مثل ان يكون في مصر فانه تفسير من صاحب الهداية للمكان الذي يقدر
المكفول له على المخاصمة والمحاكمة فيه وذلك لان المقصود من الكفالة بالنفس
هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مكان صفته ما قلنا يبرأ الكفيل من الضمان
لحصول الغرض **قوله** واذا كفل ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان سلمه في برية لم يبرأ وذلك لان
الغرض المحاكمة فيحصل الغرض بالتسليم في السوق لانه يقدر على المحاكمة بخلاف
البرية فانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال في خلاصة الفتاوى اذا شرط في
الكفالة ان يدفعه في المسجد الجامع فدفع اليه بالسوق برئ ثم قال قال الامام
السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما
في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس
وقال في الشامل في قسم المبسوط شرط على الكفيل ان يسلمه اليه في المسجد الاعظم فسلمه
في السوق برئ لان المصر كبقعة واحدة ثم قال فيه وعن ابي يوسف انه لا يبرأ لان
الناس لا يعينونه للاحضار ثم قال ويجب ان يكون الفتوى على هذا اليوم **قوله**
ولو سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة وهذه من مسائل
المختلف ذكرها تفريعا على ما تقدم ولم يذكرها القدوري في مختصره وانما
ذكرها في شرح مختصر الكرخي قال في خلاصة الفتاوى ولو سلمه اليه في السواد او
في موضع ليس ثمة قاض لا يبرأ في قولهم ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير فدفعه عند
القاضي او عزل ذلك الوالي وولي غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز الى هنا لفظ
الخلاصة وجه قول ابي يوسف ومحمد ان المقصود ربما لا يحصل بتسليم النفس في غير
البلد الذي شرط التسليم فيه لانه ربما يكون شهوده في الموضع الذي عينه ويتعسر
عليه

عليه اقامة البينة في بلد اخر ووجه قول ابي حنيفة ان الغرض من تسليم النفس في
البلد الذي عينه المحاكمة عند القاضي والمحاكمة يتحقق عند كل قاض فصار
التسليم في البلدين سواء غاية ما في الباب انه عاجز عن اقامة البينة في
بلد اخر فذلك عجز منه ولكن التسليم الذي هو سبب الوصول الى حقه قد حصل من
الكفيل **قوله** ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر
على المحاكمة فيه ذكر هذا ايضا تفريعا على ما تقدم ونقل في الفتاوى الصغرى عن كتاب
العيون اذا ضمن لاخر بنفسه فحبس المطلوب في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس
القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن وان كان انما ضمنه بنفسه وهو في السجن
فدفعه اليه في السجن يبرأ وان كان ضمنه في السجن ثم خلي عنه ثم حبس ثانيا
فدفعه اليه قال ان كان الحبس الثاني في امر من امور التجارة او نحوها فله ان يدفع اليه في
الحبس وان كان في شيء اخر من امور السلطان لا يبرأ ونقل في خلاصة الفتاوى
عن المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي ان يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى
المكفول له ثم يعيده الى السجن وقال في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم
يقدر ان ياتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو
مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر على اتيانه **قوله**
قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس عن الكفالة لانه عجز عن
احضاره اي قال القدوري في مختصره **اعلم** ان الكفيل بالنفس اذا مات او مات
المكفول به برئ عن الكفالة وذلك لانه اذا مات المكفول به يتعذر تسليمه ولان
الكفيل ما تكفل الا باحضار النفس وقد سقط الحضور عن الاصيل فكذا عن الكفيل لان براءة
الاصيل من الحق المضمون يوجب براءة الكفيل واذا مات الكفيل سقط الكفالة
ايضا لعدم قدرته على التسليم ولا يقال يؤدي ما على المكفول به من تركة الكفيل
لانه ما التزم باداء المال وانما التزم بتسليم النفس والمال لا يصلح وفاء لهذا الواجب
بخلاف الكفيل بالمال اذا مات حيث يؤدي المال من تركته لحصول المقصود بالمال

لان المال يصلح وفاء للمال فيقدم المال مقام الكفيل فلا يبطل الكفالة فيرجع ورثة
الكفيل على المكفول عنه بعد اداء المال اذ كانت الكفالة بامره كما في حياة الكفيل اذا
ادى الدين بنفسه ولو مات المكفول له لا يسقط الكفالة لان من له الحق لا يسقط
الحق ثم الوصي يطالب الكفيل ان كان لقيامه مقام المكفول له وان لم يكن الوصي
فالمطالبة للوارث لهذا المعنى قوله قال ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعت
اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء اي قال في الجامع الصغير وذلك لان موجب الكفالة
بالنفس البراءة عند التسليم وقد وجد التسليم وموجبات الاشياء تثبت بالصريح ولا
يتوقف على وجود الشرط كالغاصب اذا رد المغصوب الى المغصوب منه يبرا بمجرد التسليم
ح انه جاز وهنا اولى لانه لم يوجد منه الجناية ولثبوت الملك بالشرا فانه يثبت بلا شرط
لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع يثبت بمجرد النكاح الصحيح فانه موجبه وكذا
في سائر الموجبات قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه
لان تسليم النفس تحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب
يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا يبرا الكفيل ولكن يقال له الكفيل ما اوجب
على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم قوله ولو سلم المكفول به
نفسه من كفالته صح وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا على ما تقدم ولم يذكرها
في البداية قال في الشامل في قسم المبسوط دفع المكفول به نفسه الى الطالب من كفالة
فلان يبرا الكفيل لانه سلم حقه وكذلك وكيل الكفيل او رسوله لو سلم جاز لانهما بمنزلة
منزلته ولو لم يقل من كفالته لا يبرا لانه تجب عليه تسليم نفسه فيكون عن نفسه
في هذا لفظ الشامل قوله لانه مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالحضور
وقوله مطالب يصح بفتح اللام سماعا يعني ان المكفول به مطالب بالحضور اذا
طلب الكفيل باحضاره لان الكفيل يطالبه بالحضور حينئذ فاذا كان المكفول به مطالبا
من جهة الكفيل كان للمكفول به ان يدفع ذلك عن نفسه وتدفع حيث قال دفعت نفسي
عن كفالة فلان فصح تسليمه نفسه عن كفالة الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل عن كفالة فلان
حيث

من،

حيث لا يبرا الكفيل لان تسليم النفس واجب على المكفول به فيقع التسليم
عن نفسه فيقع عن نفسه ما لم يصرح بقوله عن كفالة فلان قوله لقيامهما
مقامه اي لقيام وكيل الكفيل ورسوله مقام الكفيل قوله قال فان تكفل
بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره
الى الوقت لزمه ضمان المال اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يبرا
عن الكفالة بالنفس وهذا مذهبنا وقال الشافعي الكفالتان باطلتان واما
الكفالة بالنفس فقد مر بيانها عند قوله الكفالة ضربان واما الكفالة بالمال
فانها لم تصح ايضا لان تعليقها تعليق بسبب وجوب المال بالشرط فلا يصح كالبيع و
كما لو قال لك علي مائة درهم ان دخلت الدار ولنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل
بعير وانا به زعيم والزعيم الكفيل بيانه ان الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط وهو
المجيء بالصاع فنعلم ان تعليق الكفالة بالشرط صحيح وهذا لان شريعة من قبلنا
تلزمنا اذا قصها الله تعالى من غير انكار ولان الكفالة بالمال لها شبهان شبه
بالنذر من حيث انها التزام ابتداء فيصح تعليقها من هذا الوجه وشبه بالبيع من
حيث انها معاوضة انتهاء حيث يرجع الكفيل بما ادى على المكفول عنه اذا كانت
الكفالة بامره فلا يصح تعليقها فوفرنا من الجانبين حظها فقلنا يصح تعليقها
بشرط متعارف ولا يصح تعليقها بشرط غير متعارف وتعليق الكفالة بالمال
بشرط عدم الموافاة بالنفس متعارف بين الناس لانها لتاكيد الكفالة بالنفس
لان الغرض بالنفس الوصول الى الحق وفي الكفالة بالمال ذلك فصح فاذا صح التعليق
ووجد الشرط فيلزمه المال فاذا ادى المال لا يبرا عن الكفالة بالنفس لانه اذا
ادى المال بريء عن الضمانين فلا يلزم من براءة احد الضمانين البراءة عن الضمان
الاخر فيلزمه احضاره لعدم المنافاة بين الضمانين لان الضمانين للتوثيق
فيجوز ان يدعي عليه دينا اخر فلا جرم وجب الاحضار وقوله ان لم يواف به
اي ان لم يات به من الموافاة يقال وافاه اذا اتاه قوله فهو ضامن لما عليه انما

قيد بهذا لانه اذا لم يقل المال عليه بل قال اذا لم يواف به في وقت كذا فعليه كذا لا يصح
الكفالة عند محمد وسيجي بعد هذا ان شاء الله تعالى **واما** قوله وهو الف فليس فيه
كثير فايدة لانه اذا لم يسم قدر المكفول به جازت الكفالة بان قال الكفيل اذا لم
يواف به في وقت كذا فعلي ما لك عليه وهذا لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة
الكفالة كضمان الدرك لان بناءها على التوسع وكالضمان بالشجة فانه يصح مع
انه مجهول لا يعلم انها تسري الى النفس ام لا **قوله** ولا يصح هذه الكفالة اي
الكفالة بالمال وانما قيد بقوله هذه لان الكفالة بالنفس لا يتصور عند الشافعي
على ما هو الصحيح **قوله** تعليق سبب وجوب المال بالخطر واراد بالسبب الكفالة
بالمال لانها سبب وجوب المال فيكون تعليقها بالشرط تعليق سبب المال فلا يصح
لان المال لا يحتمل التعلق بالخطر لا فضايه الى معنى القمار **قوله** كهبوب الريح ونحوه
اراد به دخول الدار ومجي المطر **قوله** ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به
غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال وهذه من مسايل الجامع الصغير وذلك
لانه علق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالمكفول به وقد تحقق الشرط فلما
تحقق وجب المال لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم والفرق بين هذه
المسلة ومسلة القدوري التي تقدمتها ان في هذه لم يذكر لفظ الغد في اكثر نسخ
الجامع الصغير ولهذا لم يذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان وانما ذكره
بعضهم فكان مسلة القدوري مقيدة بوقت وهذه مطلقة عنه فحصل الفرق
والوجه **الثاني** من الفرق ان المكفول به هنا مات قبل الغد وفي
مسلة القدوري هو حي ولكن الكفيل لم يواف به في ذلك الوقت وذكر مسلة الجامع
الصغير ازاحة لوهم بعض الناس انه انما يكون فرق بين عدم الموافاة وهو
حي وعدم الموافاة وهو ميت فقال لا فرق بينهما بل يجب المال اذا وجد الشرط وهو
عدم الموافاة في الوقت **قوله** ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها اولم يبينها حتى تكفل
بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المال فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي
حنيفة

حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك
لم يلتفت الى دعواه وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها او لم يبينها اولزمه ولم يدع مائة
دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا فعلي مائة
دينار فرضي بذلك فلم يواف به غدا قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعا
اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول ابي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم
يبينها حتى كفل له بالمائة دينار ثم ادعاها بعد ذلك لم التفت الى دعواه الى هنا لفظ محمد
في اصل الجامع الصغير واراد بالوجهين ما اذا بين صفة المائة بانها جيدة او ردية او
اوسط وما اذا لم يبينها وقال في الشامل في قسم المبسوط قال ان لم اوافك به
غدا فعلي الف درهم ولم يقل التي لك عليه والطالب يدعي الفا لزمه الف درهم عند
حنيفة وقالا لا يلزمه ثم رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة الى هنا لفظ الشامل وقال
ابو الليث في شرح الجامع الصغير رجل كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا
فعلى الكفيل مائة دينار ولم يقل التي لك عليه فلم يواف به في الغد لزمته المائة دينار
في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وفي قول محمد الكفالة بالنفس جايزة ولا يلزم
المال وقال الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير عند محمد لا يصح الكفالة بالنفس
ولا بالمال حتى لو لم يواف به غدا لا يلزمه شي وعند ابي حنيفة وابي يوسف صحت
الكفالتان اذا بين المال بعد ذلك مائة درهم وادعى انها له وقال في اشارات
الاسرار اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه الف درهم صحت الكفالة
وقال محمد لا يصح الى هنا لفظ الاشارات ثم لمحمد طريقان احدهما ما اختاره الشيخ
الامام ابو منصور الماتريدي في شرح هذا الكتاب وهو ان هذا في معنى الرشوة
لان قوله ان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار بلا نسبة المائة الى الاصيل يحتمل الاته
يحتمل انه اراد بذلك مالا ابتداء بسبيل الرشوة ويحتمل انه اراد ما على الاصيل لا
بسبيل الرشوة ولم يكن المال لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا لا يصح الكفالة وان

كان المال مقدرا عند الدعوى **والثاني** ما اختاره الشيخ ابو الحسن الكرخي في شرح
هذا الكتاب وهو ان الكفالة بالنفس باطلة لجهالة المدعا به فلم تجب عليه احضار
النفس فاذا لم تصح الكفالة بالنفس لم تصح الكفالة بالمال ايضا لانها مرتبة على الاولى فاذا لم تصح
الاولى لم تصح الثانية او نقول لما بطلت الاولى بطلت الثانية لانها تعليق
وجوب المال بالخطر ابتداء من غير ان تكون موكدة للكفالة بالنفس فعلى هذا يصح
الكفالة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولابي حنيفة ولابي يوسف ان الكفالة
دارت بين الصحة والفساد وكل عقد تحتملهما يحمل على الصحة تصحيحا للكلام
العاقل عن الالغاء بيانه ان المال ان كان معلوما عند الدعوى والكفالة صحت الكفالة
بالنفس فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها بناء عليها وان لم يكن معلوما عند الدعوى
والكفالة صحت الكفالة ايضا على احتمال البيان لان العادة الفاشية ان المدعي لا
يبين المال جنسا او قدرا عند الدعوى احترازا عن حيل الخصوم الى ان تحضر مجلس
القاضي فاذا بينه عنده يصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فيصير كانه كان معلوما
من الاول فيظهر صحة الكفالة بالنفس فاذا ظهرت صحتها ظهرت صحة الكفالة
بالمال ايضا لانها بناء عليها ويقبل قول المدعي انه اراد ذلك عند الدعوى لانه يدعي
الصحة قال الفقيه ابو الليث في وجه قول محمد انه اخرج الكلام مخرج الاقرار والاقرار
لا يتعلق بالاخطار بدليل انه لو قال ان دخلت الدار فلك مائة دينار او قال ان لم اتك
غدا فلك علي مائة دينار ولو قال هكذا لا يلزمه شيء ثم قال الجواب لابي حنيفة
ان قوله تحتمل الاقرار وتحتمل الكفالة وصرفه الى الكفالة اولى لان تعليق وجوب
المال بعد المرافات تجري في باب الاقرار واذا كان هكذا صرف كلامه الى ما يصح صرفه
اليه **قوله** ولا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها اي لا يصح الكفالة على وجه
تعليق المال مطلقا بخطر وان بين صفة المائة من الجودة والرداءة والوسط **قوله**
ولما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه يعني ان المال في قول الكفيل ذكر معرفا حيث قال
ان لم يواف به غدا فعليه المال فينصرف الى ما على الاصيل لانه هو المعهود وهذا صح على
ما ذكر

ما ذكره من صورة المسئلة ولكن لفظ محمد في الجامع الصغير منكر لانه قال
فعلي مائة دينار وكذلك لفظه في المبسوط منكر ايضا لانه قال فعلي الف
درهم وكذلك لفظ الاشارات وغيرها وقد روينا جميع ذلك قبل هذا فعلى
هذا لا يصح تعليله بكون المال معرفا فافهم والاولى في التعليل ما ذكرناه **قوله**
قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص اي قال القدوري في مختصره
وهي من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال لا
كفالة في الحدود والقصاص ولا حبس في الحدود والقصاص الا ان يشهد شاهدان
او شاهد عدل يعرفه القاضي الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال فخر
الاسلام في شرحه معنى قوله لا كفالة في الحدود والقصاص ان القاضي لا يفعل
ذلك لان فيه احتيالا للاثبات والشرع امر بالدرء وهو خلافه **ثم** قال
فخر الاسلام وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا باس به لان الكفالة لتسليم النفس
وتسليم النفس الى مجلس القاضي اوجب ههنا والزم **ثم** قال فاما اذا سمحت نفسه
ببذل الكفالة فهو جائز لان تسليم النفس واجب الى مجلس القاضي وقال فخر الدين قاضي
خان معناه انه لا يجبر على اعطاء الكفيل لان الحدود والقصاص مما يحتال لدرئه
فلا يليق به الجبر على التوثيق **ثم** قال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
لا باس به وقول محمد مضطرب الى هنا لفظ كتابه وكذلك قال العتابي ايضا و
كذلك ذكر الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي في اول باب الكفالة من شرح مختصر
الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص
في النفس وما دون النفس تصح انما الخلاف في الجبر على اعطاء الكفيل في
الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص لا يجبر عند ابي حنيفة وعند صاحبيه
يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط في القصاص وحد القذف والسرقة جازت
الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وقد ذكرناه مرة في اول كتاب
الكفالة وقال في الشامل ايضا في اواخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط لا يجوز

كفالة في قصاص وحد ويقول القاضي لمدعي القذف الزمه الى قيامي ان كانت بينتك
حاضرة عند ابي حنيفة وعندهما يأخذ كفيلاً ثلاثة ايام **ثم** قال والخلاف في
امر القاضي باعطائه لا في الصحة فانه لو كفل انسان صح وذكر ابو الحسن الكرخي
ان الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم اذا بذلها المطلوب بنفسه
ولكن هل للقاضي ان يأمره بالكفيل اذا طلب الخصم **قال** ابو حنيفة لا يأخذ القاضي منه كفيلاً
ولكن يحبسه حتى يقام عليه البينة او يستوفي كذا ذكر صاحب التحفة **ثم** لا يحبسه القاضي
في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي
فيشهدا انه زنى او قتل فيحبسه القاضي حينئذ لثبوت التهمة باحد شطري الشهادة
من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول وقد صح ان رسول الله صلى الله
عليه حبس رجلاً بالتهمة بخلاف الاموال حيث لا تحبس فيها بشهادة الواحد لان
الحبس فيها اقصى ما في الباب من العقوبة عند الامتناع عن الايفاء فلم تجز الحبس قبل ثبوت
المال وفي الحدود والقصاص اقصى العقوبة القتل والقطع والضرب فجاز الحبس قبل ثبوت
القصاص والحدود بخلاف ما اذا كان الشهاد مجهولاً حيث لا تحبسه لعدم العدد و
العدالة جميعاً وقد اورد في شرح الاقطع سؤالاً وجواباً فقال فان **قيل** فقد قال
ابو حنيفة رضي الله عنه يحبس والتوثق بالحبس اعظم من التوثق بالكفيل **قيل**
له ليس الحبس للتوثق وانما هو للتهمة لان الشهود قد اخبروا انه يفسد في الارض
بقتل الناس وانتهاك الاعراض والحبس بالتهمة واجب **ونقل** الناطفي في اجناسه
عن نوادر ابن رستم في التعزير لا تحبس حتى يسأل عن عدالة الشهود ويقبل فيه
الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال وتجوز فيه العفو ويصح فيه
الكفالة وهو حق الآدمي وفي نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة في الذي يجمع الخمر
ويشربه ويترك الصلاة احبسه وادّبه ثم اخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة
وضرب الناس فاني احبسه واخلده في السجن الى ان يتوب لان شر هذا على
الناس وشر الاول على نفسه بهذا اللفظ الذي ذكره في كتاب الحدود من الاجناس

قوله

قوله لان فيه حق العبد اي في حد القذف ولهذا يشترط فيه الدعوى **قوله**
في القصاص لانه خالص حق العبد وفيه نظر لان القصاص مما اجتمع فيه
الحقان حق الله تعالى من حيث اخلاء العالم عن الفساد وحق العبد من حيث
يشفي الصدور ولكن حق العبد فيه غالب لصحة الاعتياض والعفو وقد بيناه
في كتابنا الموسوم بالتبيين في شرح الاخسيكثي **قوله** بخلاف الحدود
الخالصة لله تعالى اراد بها حد الزنى وشرب الخمر يعني لا تجوز الكفالة فيها
بالاتفاق **قوله** ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير
فصل يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد وبين حد هو خالص حق الله تعالى
فلا يجوز الكفالة في جميع الحدود وهذا من كلام شريح لا من كلام النبي عليه السلام
ذكره الخصاف في ادب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في شرح
ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعاً الى النبي صلى الله عليه **ولنا** في دفعه نظر
قوله كما في التعزير اي يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيما تجب فيه التعزير
قوله ولو سمحت به نفسه اي لو تبرع باعطاء الكفيل او سامح في ذلك نفس
المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة صحت الكفالة
بالاجماع لانه امكن ترتيب تسليم النفس وتسليم النفس واجب **قوله** فيهما في الموضعين
روي **بضمير التثنية** وروي بالافراد على التأنيث فعلى الثاني معناه في الحدود
والقصاص وعلى الاول معناه في حد القذف والقصاص **قوله** للتهمة
بالفتح اي بفتح الهاء وتجوز الاسكان ايضا **قوله** وذكر في ادب القاضي ان على
قولهما لا تحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق
بالكفالة يعني ان عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود والقصاص
لم يقع للحاجة الى الحبس فلا تحبس لان الاستيثاق تحصل بالكفالة وعند ابي حنيفة
لا كفالة فيها جبراً فيحبس كي يشهد عليه الشهود العدول **قوله** والرهن
والكفالة جائزان في الخراج وهذه من خواص الجامع الصغير وضع تها فيه

محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال الكفيل والرهن في الخراج جايز

اعلم ان الخراج الموظف تجوز الكفالة والرهن به لانه دين مطالب من جهة العباد
فيصح الكفالة به كساير الديون بخلاف الزكاة حيث لا يصح الكفالة بها لانها ليست
بدين ولهذا لا يوخذ الزكاة من تركته بعد الموت ولان الرهن شرع بما كان مضمونا
يمكن استيفاوه من الرهن والخراج شي مضمون يمكن استيفاوه من الرهن فصح الرهن
بالخراج والكفالة مشروعة لتحمل المطالبة بالمضمون والخراج مطالب مضمون
فصحت الكفالة به نعم هذا اعرفت ان في قول صاحب الهداية لانه دين مطالب به
ممكن الاستيفاء لفا ونشرا حيث يرجع قوله مطالب به الى الكفالة وقوله ممكن الاستيفاء
يرجع الى الرهن **قوله** فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما اراد بالعقد الكفالة والرهن
وموجب الكفالة كونها مشروعة لتحمل المطالبة وموجب الرهن كونه مشروعا بمضمون
يمكن استيفاوه من الرهن والضمير في عليه راجع الى الخراج في فيهما راجع الى الرهن و
الكفالة والدليل على كون الخراج دينا الحبس والملازمة لاجله ومنع وجوب الزكاة
قوله ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان
وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في
رجل كفل بنفس رجل ثم ابى الطالب المكفول به واعطاه كفيلا اخر بنفسه قال الاخير الكفيل
الاول لان الكفالة عقد توثق وبالثاني يزداد التوثق ولا منافاة بين التزام الثاني
الاول فلا يبرا الاول ومذهب الشافعي لا يتاتى هنا لان الكفالة بالنفس عنده لا يصح
قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى يبرى الكفيل الاول
لانه لما وجب حق المسلم على الثاني لا يجب على الاول لان حقا واحدا لا يكون في موضعين
وهذا على اصله مستقيم لان من اصله ان الكفيل اذا كان كفيلا بالدين برى المكفول عنه
فلذلك ههنا اذا كفل الثاني برى الاول واما اصحابنا يقولون الحق لمن يكون
حق المسلم على الثاني وعلى الاول جميعا ثم قال الفقيه فان قيل لما اخذ الطالب
المطلوب واخذ منه كفيلا فقد صارت متوفيا للنفس حين صارت في يده فلم لا يبرى
الكفيل

الكفيل الاول بمنزلة الكفيل بالدين اذا اخذ الطالب من المطلوب الدين برى
الكفيل **قيل له** لان الطالب اذا اخذ الدين لم يبق له حق وههنا حقه باق
وتسليم النفس اليه يحتاج اليه في كل وقت حتى يستخرج حقه **قوله** واما
الكفالة بالمال فجايزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا
مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع هذا
لفظ القدوري في مختصره وقوله **واما** الكفالة بالمال تفصيل لما ذكر في اول
الكتاب بقوله الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال **اعلم** ان الكفالة
بالنفس جايزة عندنا خلافا للشافعي وقد مر في اول كتاب الكفالة **واما**
الكفالة بالمال في الديون جايزة بلا خلاف وفي الاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب
المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء يصح الكفالة ويجب تسليم العين
ان كانت قايمة وان هلكت تجب تسليم القيمة وقد مر بيان انواع الاعيان في اول
كتاب الكفالة وعند الشافعي لا تجوز الكفالة بالاعيان المضمونة لان العين لا
تلزم في الذمة **ولنا** ان شرط الكفالة ان يكون المكفول به مقدور التسليم و
قد وجد ذلك **ثم** الكفالة بالمجهول يصح عندنا اذا كان صحيحا وعند الشافعي
لا يصح ضمان المجهول ولا ضمان ما لم يجب قال في شرح الاقطع ونص الشافعي على
جواز ضمان الدرك ولنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ووجه
الاستدلال ان حمل البعير مجهول القدر يحتمل للزيادة والنقصان وشريعة من
قبلنا تلزمنا على انها شريعتنا اذا قصها الله من غير انكار ولم يوجد الانكار ولان
الجهالة يتحمل في الكفالة اذا كانت متعارفة الا ترى ان الكفالة بالدرك
تصح بالاجماع وضمان الدرك عبارة عن ضمان الاستحقاق وهو مجهول
لانه لا يدرى ان المبيع يستحق بعضه او كله وكذا الكفالة بالشجة خطاء يصح
مع ان فيها جهالة لانه لا يدرى انها تسري ام لا بخلاف الكفالة بالشجة
عمدا لان فيها القصاص ولا تصح الكفالة بالقصاص واورد في شرح الاقطع سوالا و

وجوابًا فان قيل ضمان مال مجهول فلم يصح كما لو قال ضمنت لك بعض ما لك على
فلان قيل له هذا يصح عندنا والخيار فيه الى الضامن يبين اي مقدار شاء
ثم شرط ان يكون الدين صحيحا احترازا عن بدل الكتابة لان الكفالة ببدل
الكتابة لا تصح لانه ليس بدين صحيح لان الدين الصحيح لا يسقط الا بالاداء
او الابراء فيسقط بدل الكتابة بدون الاداء او الابراء بتعجيز النفس ولان القياس
ان لا تجوز الكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا فدل ان بدل الكتابة
لا يثبت ثبوتا صحيحا الا انها جوزت استحسانا لقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم
فيهم خيرا **قوله** مثل قوله تكفلت عنه بالف نظير كون المكفول به معلوما وقوله
او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع نظير لكون المكفول به مجهولا **قوله**
يتحمل فيها الجهالة اي اذا كانت الجهالة يسيرة متعارفة **قوله** بالدرك
والدرك التبعة وتحريك الراء وتسكينها جائز **قوله** وكفى به حجة اي بالاجماع **قوله**
وشرطه ان يكون دينا صحيحا اي شرط القدوري ان يكون المكفول به دينا
صحيحا في قوله اذا كان دينا صحيحا **قوله** والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي
عليه الاصل وان شاء طالب كفيله وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لما جاز الكفالة
بالمال معلوما كان المكفول به او مجهولا يطالب المكفول له الاصيل ان شاء والكفيل
ان شاء لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة وهذا المعنى لا يوجب براءة الاصيل على خلاف
ما يقوله ابن ابي ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة
الاصيل فحينئذ يكون حوالة فانه اتى بخاصية الحوالة فان توى ما على الكفيل
يرجع على الاصيل عندنا خلافا للشافعي والتوى باحد الامرين او باحد الامور الثلاثة
سيجيء بيانه في كتاب الحوالة بعد هذا ان شاء الله تعالى **م** للمكفول له مطالبة الاصيل
والكفيل جميعا فاذا اختار مطالبة احدهما لا يسقط مطالبته عن الاخر بخلاف
المغصوب اذا اختار تضمين احد الشخصين من الغاصب وغاصب الغاصب فليس له تضمين
الاخر بعد ذلك والفرق ان تضمين احدهما يتضمن نقل الملك اليه ومحال ان
يملك

يملك العين الواحدة جميعا الاثنين في زمان واحد والمطالبة لا يقتضي التمليك ما لم يوجد
الاستيفاء حقيقة فلم يمنع مطالبة احدهما مطالبة الاخر **قوله** علينا الاصل اراد
بالاصل المديون لان مطالبة الكفيل بناء على الدين **قوله** بخلاف المالك اذا اختار
احد الغاصبين يعني ليس له ان يضمن الاخر بعد اختيار احدهما في التضمين اذا قضى
القاضي بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه واراد بالغاصبين الغاصب
الغاصب وبه صرح في التحفة وغيرها ولكن يستقر الضمان على الغاصب الغاصب
كذا في شرح الطحاوي **قوله** وتجوز تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول ما بايعت
فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي هذا لفظ القدوري في مختصره
وانما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لانه اذا كان احدهما مجهولا لا يصح الكفالة
الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ولو قال لرجل ما ذاب لك على احد من الناس
فهو علي فانه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك لاحد من الناس
فهو علي فانه لا يصح لجهالة المضمون له **اعلم** ان تعليق الكفالة بشرط متعارف
جائز عندنا خلافا للشافعي لقوله ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم **بيانه** انه
تعالى علق الكفالة بشرط المجيء بالصاع فعلم ان تعليقها بالشرط لان شريعة من
قبلنا تلزمنا على انه شريعة رسولنا اذا اقتصها الله من غير انكار ولم يوجد الانكار ولان
الكفالة بالمال لها شبهان شبهه بالنذر ابتداء من حيث الالتزام وشبه بالبيع من حيث المعاوضة
انتهاء فصح التعليق من الوجه الاول دون الثاني فوفرنا حظهما من الوجهين
وقد مر ذلك مرة عند قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا
فهو ضامن لما عليه **ثم** الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة به وذلك بان يكون
شرطا لوجوب الحق لقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن لذلك او شرطا لامكان
الاستيفاء كقوله اذا قدم المكفول عنه فانا كفيل لك بما عليه وهذا لان الاستحقاق
للوجوب وقدوم المكفول عنه سبب للوصول الى الاداء او شرطا لتعذر الاستيفاء
كقوله ان غاب المكفول عنه عن البلد فانا ضامن لك بما عليه وان كان الشرط بخلاف

ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة وتجب
المال حالاً لان كلاً منهما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة اصله الطلاق
والعتاق قال في الاجناس كل موضع اضاف الضمان الى ما هو سبب للزوم المال
فذلك جائز يدل عليه جواز ضمان الدرك وكل موضع اضاف الضمان الى ما ليس بسبب
للزوم المال فذلك الضمان باطل كقوله ان هبت الريح فمالك على فلان فهو علي
قال في الاجناس ايضا وقال ما قضي لك به على فلان فعلي انه لا يلزم الكفيل ما اقر به
المطلوب حتى يقضي به عليه ولو مات المطلوب قبل ان يقضى عليه فخاصم الطالب وارثه
او وصيه فقضى له عليهم بحق لزم الكفيل ولو مات الكفيل لحقه في تركته ذكره في كفالة
الاصل وفي نوادر هشام عن محمد لو قال لاخر ما غصبك فلان او ما بايعك فانا له ضامن
جاز ذلك الضمان ولو قال ما غصبك اهل هذه الدار فانا له ضامن فهو باطل حتى يسمي انسانا
بعينه لان تقديره ضمنت لك ما يجب لك على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجز و
لا كذلك اذا سمى انسانا بعينه لانه لو صرح فقال ما يجب لك على فلان فهو علي جاز وعلى هذا
المغني ذكره في كتاب كفالة الاصل ولو قال من بايع فلانا اليوم من بيع فعلي فبايعه غير واحد
لم يلزم الكفيل شيء لان تقديره ضمنت لواحد من الناس فلم يصح ولو قال لقوم خاصة
من بايعتموه به من شيء فعلي جاز لانه قد ضمن لمعينين ولو قال ان لم يعطك فلان
مالك فانا ضامن له لم يلزمه الضمان من شيء حتى يتقاضاه الطالب فيقول لا اعطيك
ولو مات المطلوب قبل التقاضي فقال وارثه اعطيك او لا اعطيك فالمال يلزم الكفيل
وفي نوادر ابن سماعة عن محمد ولو قال ان تقاضيته فلم يعطك فانا له ضامن
فمات المطلوب قبل التقاضي بطل عنه الضمان وقال في المجرد قال ابو حنيفة لو قال لرجل
لرجل ما بايعت فلانا فعلي فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه في اول مرة ولا
يلزمه ثمن ما بايعه بعده وفي نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله هذه
المسائل كلها مذكورة في الاجناس ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاصل رجل
قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحد فانا ضامن لك صح ولو قال ان قتلك
او ابنك

او ابنك فلان خطأ فانا ضامن للدية صح بخلاف قوله ان اكلك سبع **قوله**
ما ذاب لك اي وجب مستعار من ذوب الشحم كذا ذكر المطرزي **قوله** وكذا اذا جعل
واحد منهما اجلا يعني اذا جعل هبوب الريح او مجيء المطر اجلا للكفالة يبطل
الاجل ويصح الكفالة قال في الاجناس اذا كفل بنفس رجل الى الحصاد او الدياس
او المهرجان او الى العطاء او الى ان يقدم المكفول به من سفره او الى صوم النصارى
جازت الكفالة والتاجيل جميعا ولو قال الى ان تمطر السماء او الى ان يقدم فلان غير
المكفول جازت الكفالة والتاجيل باطل ذكره في كتاب كفالة الاصل وذكر ابن عبدك
في كتاب الكفالة من تاليفه قال ابو حنيفة الضمان باطل الى هنا لفظ الاجناس و
عند الشافعي لا يصح الكفالة الى الآجال المجهولة والبيع الى هذه الآجال لا تجوز بالاجماع
قال في التحفة ولا خلاف في جواز الكفالة الى اجل معلوم من الشهر والسنة ونحوهما
وتقدم باقي الكلام في باب البيع الفاسد **قوله** فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت
البينة على الف عليه ضمنه الكفيل هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان لم
تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به فان اعترف المكفول
عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله وانما ضمن الكفيل الالف اذا اقامت البينة على
ذلك لان الكفيل ضمن ما عليه وقد ظهر بالبينة ان ما على المكفول عنه الف والثابت
بالبينة كالثابت عيانا فصار كانه ضمن بالالف التي عليه فلزمه ذلك اما اذا عجز
الطالب عن البينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما اقر به لانه مال مجهول فلما
لزمه بقوله فكان القول قوله كما اذا اقر بشيء مجهول وانما اعتبر قول الكفيل مع اليمين
لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول
قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال واما اذا اقر المكفول عنه باكثر مما يعترف به الكفيل
لم يصدق في الاكثر على الكفيل لان اقرار المكفول عنه تضمن شيئين احدهما على نفسه
والاخر على الكفيل لعدم ولايته عليه قال في الشامل في قسم المبسوط ما ذاب لك على فلان
فهو علي او ما ثبت او ما قضي عليه فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل الا قوله ما قضي عليه

لم يلزمه الا ان يقضي القاضي لان قوله ما ذاب اي حصل وقد حصل باقراره ولو قال ما لك
او ما اقر لك به امس فقال المطلوب اقررت له بالف لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا
واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال يلزمه ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال
لم يلزمه لانه لم يقل ما كان اقر لك ولو ابى المطلوب اليمين فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل
لان النكول ليس باقرار بل بذل الا ان ما لفظ المسايل وكتبنا هذه المسايل تكثيرا للفوايد
قوله قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره اي قال القدوري في مختصره
والاصل فيه قوله عليه السلام الزعيم غارم وهو باطلاقه يتناول الكفالة سواء كانت بامره او
بغير امره وقد روينا قبل هذا عند قوله وكذا اذا قال ضمنته عن اول كتاب الكفالة و
الحوالة ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي **بجنازة** فقال عليه السلام اعلى ميتكم دين فقالوا نعم
فامتنع عن الصلوة فقال ابو قتادة هو علي يا رسول الله فعلم ان الكفالة بغير امر جايزة ولان
الكفالة اذا كانت بامر كانت بمعنى القرض وكانه قال اقرضني كذا وادفعه الى فلان وذلك
جايز فكذا هذا ولان في الكفالة تقوية للطالب واعانة للمطلوب وذلك نفع لهما فصحت
الكفالة بامر كانت او بغير امر والرجوع عند الامر وان كان ضررا على المكفول عنه لم يلتفت اليه
لوجود دليل الرضا به وهو الامر **قوله** لاطلاق ما روينا اشارة الى قوله عليه السلام
الزعيم غارم **قوله** اذ هو اي الرجوع **قوله** وقد رضي به اي رضي المكفول عنه بالرجوع
عليه هذا جواب لاشكال يقال لم قلتم ان في الكفالة نفعا للمكفول عنه ولا ضرر عليه
ورجوع الكفيل عليه بما ادى ضرر فقال لا نسلم انه ضرر مع وجود الرضا بالرجوع **قوله**
فان كفل بامره رجع بما ادى عليه هذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا كانت الكفالة
بامر المكفول عنه رجع الكفيل على المكفول عنه بما ادى وهذا بالاتفاق وذلك لان انه
بالاداء في معنى القرض والمقرض له الرجوع كذا هنا قال في شرح الاقطع وهذا الذي
ذكره انما يصح اذا قال اضمن عني لفلان كذا فان قال له اضمن الالف الذي لفلان
علي لم يرجع عليه عند الاداء لان قوله اضمن يحتمل ان يكون على وجه التبرع ويحتمل
غيره فلا يجوز ايجاب الضمان الا بلفظ يختص به فاذا قال اضمن عني دل على الضمان

فلزمه

فلزمه ولا يلزمه غيره بالشك ولكن هذا الذي ذكره مذهب ابي حنيفة ومحمد خلافا
لابي يوسف بدليل ما قال في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان الف
درهم او اقضه الف درهم ففعل لم يرجع على الامر الا اذا كان خليطا له او شريكا وقال
ابو يوسف يرجع لانه وجد القضا بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه ولهذا يكون
كل ذلك الا اذا كانت قضاء من جهة الذي امر فصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك
استقراضا منه ومتى قلنا بانه لا يقع عن الذي امر لغا الامر لانه يصير قاضيا عن
نفسه ويصير وجود الامر وعدمه بمنزلة ونحن نقول وقوع القضا معا لبس
يستدعي ان يكون عن الذي امر فلا نجعله عنه الا بقرينة زايدة وهي خلطه او شركه
فاما الامر فليس يستدعي ان يكون الاداء واقعا عن الذي امر فانه يكون ارشادا
الا ترى انه لو قال اشتر كذا لم يكن توكيلا بل كان امر ارشاد **م ينبغي** لك ان تعرف ان
رجوع الكفيل على المكفول عنه اذا وجد الامر انما يكون اذا كان المكفول عنه ممن يجوز
اقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع والا فلا وبه صرح في التحفة **وكفاية**
البيهقي وغيرهما حتى ان الصبي المحجور اذا امر رجلا ان يكفل عنه وادى لا يرجع لان
الاصيل مستقرض عن الكفيل معنى واستقراض الصبي لا يتعلق به ضمان بخلاف
استقراض البايع واما العبد المحجور لا يرجع عليه الا بعد العتق لان امره صحيح في حق نفسه
دون مولاه قال في التحفة **م** الكفيل يرجع بما ضمن لا بما ادى لانه ملك ما في ذمة
الاصيل حتى انه اذا كان عليه دراهم صحاح جيدة فادى زيوفا وتجوز به صاحب
الدين فانه يرجع بالجياد وكذا لو ادى عنها من المكيل والموزون او العروض فانه
يرجع بالدراهم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى لا بما على الغريم وبخلاف
الصلح اذا صالح من الالف على خمسماية فانه يرجع بخمسماية لا بالالف لانه اسقاط
البعض **قوله** وان كفل بغير امره لم يرجع عليه بما يؤديه هذا لفظ القدوري في مختصره
وعند مالك يرجع كذا في التحفة وكفاية البيهقي له ان صاحب الدين ملكه الدين بما
اخذه منه **ولنا** ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لانه تمليك ما لا يقدر

على تسليمه بخلاف التمليك ممن عليه لانه في قبضه **قوله** كما اذا ملكه بالهبة او بالارث
يعني اذا تملك الكفيل المكفول به بان يهبه المكفول له للكفيل يرجع الكفيل على المكفول
عنه بالمكفول به وكذلك اذا مات المكفول له فورثه الكفيل يرجع على المكفول عنه
بالمكفول به كما لو ملك ذلك بالاداء قال في شرح الطحاوي ولو وهب الدين له
او تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له ان يرجع على الاصيل كما اذا ادى
قلت هذه المسئلة ترجح قول بعض المشايخ ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في الدين
لا في المطالبة فحسب وهذا لانه لو لم تجب على الكفيل دين بالتزامه يلزم تمليك الدين من غير من
عليه الدين وهو لا يجوز عندنا **قوله** وكما اذا ملكه المحتال عليه يعني اذا احال المديون
غريمه على رجل ليس للمديون على الرجل دين فقبل الحوالة فادى يرجع المحتال
عليه على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء كالكفيل **قوله** لما ذكرنا
في الحوالة اي في حوالة كفاية المنتهي **قوله** وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن
الالف على خمسمائة اي يرجع بما ادى وهو خمسمائة لا بما ضمن وهو الالف لان الصلح
اسقاط **قوله** كما اذا ابرأ الكفيل يعني اذا اخذ من الكفيل خمسمائة وابرأه عن
خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بما اداه وهو خمسمائة لا بما ضمن وهو
الالف فكذا اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة فكانه ابرأه عن
الخمسمائة الباقية وهذا الوجه هو الذي يقتضيه وجه الكلام ويجوز ان يقال معناه اذا
ابرأ الكفيل عن مجموع الدين لا يرجع على المكفول عنه فكذا اذا صالح الكفيل اياه على
بعض الدين لا يرجع بالباقي اعتبارا لابراء البعض بابراء الكل **قوله** قال وليس للكفيل
ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه اي قال القدوري في مختصره وذلك
لان الكفيل كالمقرض معنى والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض فكذا الكفيل
لا يرجع على المكفول عليه ما لم يؤدي على ما قال في المتن نقول اذا ادى يرجع لانه ملك
الدين بالاداء وان لم يؤد لم يرجع لانه لم يملكه بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع
بالثمن على الموكل قبل الاداء لانه انعقد بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية الا ترى ان الملك
ينتقل

ينتقل الى الموكل من جهة الوكيل ولهذا يتحالفان اذا اختلفا في الثمن وللوكيل بالشراء
حبس المبيع بالثمن فلما ثبتت المبادلة الحكمية كان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري
وللبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكذا للوكيل **اعلم** ان الكفيل بالامر اذا طولب
طالب الاصيل واذا حبس حبسه واذا ادى يرجع عليه اذا لم يكن على الكفيل دين مثله
للمكفول عنه **واما** اذا كان عليه دين مثله فليس للكفيل ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا
له ان يحبسه اذا حبس ولا له ان يرجع عليه اذا ادى ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه
كذا في شرح الطحاوي هذا كله اذا كانت الكفالة بامر من عليه **اما** اذا كانت الكفالة
بغير امره فليس للكفيل الرجوع والمطالبة والحبس للاصيل لان الكفيل متبرع **قوله** قال
فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه
اي قال القدوري في مختصره وهذا اذا كانت الكفالة بامره وقد مر بيانه وانما كان
للكفيل ملازمة الاصيل والحبس لان الاصيل هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه
خلاصه عنها **قوله** واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل
هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الكفالة لا يكون الا فيما يكون مضمونا على
الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل باداء او الابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب
الضمان على الكفيل فرع وجوب الضمان على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا
او نقول لا دين على الكفيل على ما هو مختار بعض المشايخ وانما عليه المطالبة
بالدين الذي على المكفول عنه وقد سقط الدين فيسقط المطالبة ايضا وجملة
القول هنا ما قال في شرح الطحاوي واذا ابرأ المكفول له المطلوب عن الدين ف
قبل ذلك برئ الاصيل والكفيل جميعا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لا توجب
براءة الاصيل الا انه اذا ابرأ الاصيل يشترط في ذلك قبوله او يموت قبل القبول
والرد وتمام ذلك مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف
مشايخنا في ذلك ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود
ولو ابرأ الكفيل صح الابراء قبل او لم يقبل ولا يرجع على الاصيل ولو وهب الدين له او تصدق

ابرائه

عليه تحتاج الى القبول فاذا قبل كان له ان يرجع على الاصيل كما اذا ادى وفي الكفيل حكم
ابرائه والهبة تختلف في الابراء لا تحتاج الى القبول وفي الهبة والصدقة يحتاج الى
القبول في الكل ولو كان الابراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ولو ردّ ورثته
ارتدّ وبطل الابراء عند ابي يوسف لان الابراء بعد الموت ابراء للورثة وقال محمد لا يرتد
بردهم كما لو ابرا ثم في حال حياته ثم مات الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح
الطحاوي **قوله** عليه اي على المكفول عنه في الصحيح اي في القول الصحيح وهو احتراز عن
قول بعض المشايخ حيث قالوا الكفالة ضم الذمة الى الذمة في الدين **قوله** بدونها اي
بدون المطالبة وتذكير ضمير المؤنث على تاويل الطلب **قوله** وكذا اذا اخر الطالب
عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصيل
وهي من مسائل الجامع الصغير وجملة القول فيه ما قال في شرح الطحاوي واذا
اخر الطالب الدين عن الكفيل الى مدة فقبل الكفيل هذا التاخير منه صح التاخير
عن الكفيل خاصة ولا يكون ذلك تاخيرا عن الاصيل ولو ردّ الكفيل التاخير ارتد بخلاف
الابراء للكفيل انه لا يرتد برده ولو اخر الدين عن الاصيل تاخر عنهما جميعا لان
ضمان الكفيل تبع لضمان الاصيل وضمان الاصيل ليس بتبع لضمان الكفيل ولو كان
له على رجل دين مؤجل فاخذ منه كفيلا ثبت على الكفيل مؤجلا كما كان على الاصيل
لانه تحمل دينا مؤجلا ولو كان الدين على الاصيل حالا وكفل عنه رجل للطالب مؤجلا
صحت الكفالة وتاخر الدين عنهما لان الاجل الحق بالدين والدين على الاصيل الا ان
يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصة فلا يتاخر الدين حينئذ عن
الاصيل ولو ان الكفيل احال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه الحوالة
فقد برئ الكفيل والمكفول عنه لان الكفالة حصلت باصل الدين واصل الدين كان على
المكفول عنه فلذلك تضمنت هذه الحوالة براءتهما جميعا ولو اشترط الطالب وقت الحوالة
ابراء الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا سبيل له على الكفيل حتى يتوى المال على المحتال عليه **قوله**
مؤجلا حال من قوله كفل **قوله** اما هنا يعني فيما كفل حالا ثم اخر عنه الطالب
لم يكن

لم يكن ذلك تاخيرا عن الاصيل وحاصله ان التاجيل اذا كان في ابتداء الكفالة كان
تاجيلا عنهما جميعا لانه صار وصفا للدين بخلاف ما اذا وجدت الكفالة ثم اخر الطالب
عن الكفيل لا يكون ذلك تاخيرا عن الاصيل لان التاجيل لم يكن وصفا للدين حين وجود
الكفالة قال في الفتاوى الصغرى الكفيل بالدين المؤجل اذا ادى قبل حلول الاجل
لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الاجل **قوله** فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على
خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجل ثم صالح الكفيل
الطالب من الالف على خمسمائة قال برئا جميعا الكفيل والذي عليه الاصل وذلك لان
الكفيل متحمل للمطالبة واما المال فعلى الاصيل فاذا اضاف الصلح الى الالف الذي نقد
اضاف الى ما على الاصيل عن الخمسمائة لان الصلح اسقاط فلما برئ عنها برئ الكفيل
ايضا لان براءته توجب براءة الكفيل ثم برئا عن الخمسمائة الباقية بالايفاء ويرجع
بذلك الكفيل على الاصيل ان كانت الكفالة بامره وان صالحه مطلقا او ابراءه بطلت
المطالبة عن الكفيل وبقي الحق على الاصيل كذا قال فخر الاسلام وغيره هذا في صورة
الابراء ظاهر **واما** اذا صالح الكفيل مطلقا فبقاء الحق على الاصيل مشكل الا ترى
الى ما قال في شرح الطحاوي واذا كفل رجل لرجل بماله عليه ثم ان الكفيل صالح الطالب
على بعضه كما لو كان عليه الف درهم فصالحه على خمسمائة درهم فهذا على ثلاثة اوجه
في وجهين برئ الكفيل والمكفول عنه جميعا عن الخمسمائة الباقية **وفي وجه** برئ الكفيل
عن الخمسمائة خاصة ولا يبرأ الاصيل **اما** الوجهان فهو ان يقول الكفيل للطالب
صالحتك عن الالف التي لك علي على خمسمائة على اني والمكفول عنه بريئان من الخمسمائة
الباقية برئا جميعا والطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء اخذ من
الكفيل والكفيل يرجع على الاصيل ان كان بامره وان شاء اخذ من الاصيل والوجه **الثاني**
ان يصالح على خمسمائة درهم برئا جميعا لان الصلح وقع على اصل الدين والدين كان اصله
على المكفول عنه فيتضمن هذا الصلح براءتهما جميعا **واما** الوجه الذي يبرأ الكفيل

دون الاصل فهو ان يشترط الطالب في الصلح براءة الكفيل خاصة فالطالب بالخيار ان شاء
اخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء اخذ الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ويرجع
الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح بامره الى ههنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي وقال الامام شرف الدين ابو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي في كتابه المسمى
بالمنهاج وان صالح الكفيل رب السلم عن الف على خمسمائة ولم يقل على ان يبرئني الكفيل او
الاصيل عن الزيادة وان قال على ان يبرئني برئ الكفيل منها خاصة وقال في الشامل
في قسم المبسوط صالح الكفيل الطالب من الدين الالف على مائة على ان يبرئهما جميعا برئا ويرجع
الكفيل على المطلوب بمائة ولو صالحه على مائة على ان وهب له الباقي يرجع بالالف في الصورة
الثانية ملك بعض الالف بالاداء لانه يقوم مقام الاصيل في ثبوت ملكه في الدين وبعضه
بالهبة لانها لفظ تمليك وفي الصورة الاولى ابراء الاصيل عن تسعمائة فلم يملك الا بمائة لا
جرم لو صالحه على جنس سوى الدين رجع بكل الدين لانه يملك ان يجعل مالكا الدين بما ادى
وفي جنس واحد لا يجوز ان يملك الفا بمائة فيصير اسقاطا لتسعمائة الى هنا لفظ الشامل **قوله**
ولو كان صالح عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل والمراد بما استوجب بالكفالة
المطالبة **قوله** ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على
المكفول عنه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل كفل عنه رجل بامره لرجل بمال فقال المكفول له للكفيل قد برئت
الي من هذا المال قال هذا قبض ويرجع الكفيل على المكفول عنه بالمال وان كان قال قد
ابرأتك من هذا المال فهو بريء ولا يرجع الكفيل على المكفول عنه بشيء الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير ذكر هنا مسئلتين احداهما قوله برئت الي والاخرى ابرأتك ولا خلاف
فيهما والمسئلة الثالثة ما اذا قال برئت ولم يقل الي ذكر فيها الخلاف في المبسوط بين
ابي يوسف ومحمد اما في قوله برئت الي فانما يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه اضاف
البراءة الى الكفيل منتهية الى المكفول له والبراءة التي تكون ابتداؤها من الكفيل
انتهاؤها الى المكفول له والبراءة التي تكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى المكفول له
لا يكون

لا يكون الا بالاداء فاذا كان كذلك كان قوله برئت الي اقرارا بالايفاء فكانه قال
استوفيت منك حقي فاذا اقر الطالب بالايفاء يرجع الكفيل فكذا هذا واما في قوله
ابرأتك فلا يرجع الكفيل على المكفول عنه لان البراءة في هذه الصورة ابتداؤها من
الطالب والبراءة التي ابتداؤها من الطالب لا يكون الا بالاسقاط فاذا اسقط عن
الكفيل لا يرجع لان رجوع الكفيل على المكفول عنه بحكم ملك الدين بالاداء او الهبة
ولم يوجد فلا يرجع ولكن ياخذ الطالب حقه من المكفول عنه لان براءة الكفيل
لا يوجب براءة الاصيل **واما** المسئلة فهي ما اذا قال برئت ولم يقل الي فعند ابي
يوسف يرجع الكفيل على المكفول عنه وعند محمد لا يرجع لان قوله برئت يدل على
البراءة فيثبت الاستيفاء امر زائد فلا يثبت لكونه محتملا وهذا لان قوله يحتمل البراءة
بالابراء فلا يثبت الرجوع بالشك ولابي يوسف انه اضاف البراءة الى الكفيل
فاستدعى ذلك حصول البراءة من قبل الكفيل وحصول البراءة من قبله
لا يكون الا بالايفاء قال في فوائد شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا فاذا
كان حاضرا يرجع اليه في البيان انه قبض او لم يقبض وذلك لان الاصل في
الاجمال الرجوع الى بيان المجمل **قوله** والابراء بالجر عطفا على قوله بالاداء **قوله**
فيثبت الادنى وهو البراءة بالابراء لا البراءة بالاداء وهذا لان البراءة بغير بدل
ادنى البراءة ببدل **قوله** قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط اي
قال القدوري في مختصره **اعلم** ان تعليق الكفالة بشرط ملائم يصح عندنا وقد مر
بيانه **اما** تعليق البراءة من الكفالة لا تجوز مثل ان يقول اذا جاء غد فانت
بريء من الكفالة او اذا قدم المكفول عنه فانت بريء من الكفالة وذلك
لان فيها معنى التمليك والتمليكات لا تجوز تعليقها بالشروط لافضائه الى معنى القمار
والدليل على ان فيها معنى التمليك ان المكفول له لو ابرأ المكفول عنه يملك
ما في ذمته وهذا هو الظاهر وروي ان تعليق البراءة من الكفالة يصح لان الابراء
اسقاط محض فصار كالطلاق فصح تعليقه بالشرط والدليل على هذا ان ابراء

ولكن

الكفيل لا يرتد بالرد وليس ذلك مثل ابراء الاصيل فانه يرتد بالرد وهذا لان الكفيل
ليس عليه الا المطالبة لا الدين على ما هو القول الصحيح من مشايخنا فاذا كان
كذلك كان ابراء الكفيل اسقاطا محضا **قوله** وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل
لا تجوز الكفالة به كالحدود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد فيجوز لان الكفالة لتسليم
النفس وتسليم النفس في باب القاضي واجب بخلاف الكفالة بنفس الحدود فانها
لا تجوز لان العقوبات لا تجري فيها النيابة لعدم حصول المقصود لان المقصود
الزجر وهو لا يتحقق بالنائب وباقي الكلام مر عند قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس
في الحدود والقصاص **قوله** واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز هذا لفظ القدوري
في مختصره وانما جاز الكفالة بالثمن لانه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت
الكفالة به كما في سائر الديون وكالقرض **قوله** وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح و
هذا لفظ القدوري ايضا وانما لم يصح الكفالة به لانه عين لا يمكن اداؤه من الكفيل
اذا هلك والمراد الكفالة بعين المبيع لانه اذا كفل بتسليم المبيع جاز لانه يمكن **اعلم**
ان الاعيان على نوعين امانة ومضمونة والكفالة بالامانة لا يصح لان موجب الكفالة
وجوب ما هو مضمون على المكفول عنه على الكفيل فاذا كان العين امانة غير مضمونة
على الاصيل لا تجب ضمانها على الكفيل ايضا وهي كالودائع والعواري ومال المضاربة
والشركة والعين المستاجرة غير ان العارية والعين المستاجرة واجبة الرد ان
كان لها حمل ومؤنة بخلاف الودائع ومال المضاربة والشركة فانها ليست بواجبة
الرد بل الواجب التخلية فلو كفل بتسليم العارية والمستاجرة صح لان التسليم واجب
فلو هلك لا تجب على الكفيل قيمة العين لانه امانة **واما** الاعيان المضمونة فما كان منها
مضمونا بنفسه على معنى انه تجب رد عينها ان كانت باقية وقيمتها ان هلكت يصح
الكفالة به لان الاعيان المضمونة بنفسها تجب ضمانها كذلك على الذي هي في يده فكذلك
يجب ضمانها على الكفيل وهي كالعين المضمونة والمقبوض على سوم الشراء والمبيع بيعا فاسدا
وما كان

وما كان منها غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع والرهن
في يد المرتهن لان المبيع مضمون بالثمن والرهن مضمون بالدين لا يصح الكفالة لان
لان المبيع اذا هلك لا يجب على البائع قيمة المبيع بل ينفسخ العقد ويجب عليه رد
الثمن فاذا لم تجب على الاصيل شيء لم تجب على الكفيل وكذا الرهن اذا هلك في يد المرتهن
يكون مستوفيا لقدر دينه ولا يلزمه شيء فكذا لا يلزم الكفيل شيء بخلاف ما اذا تكفل
بتسليم المبيع حيث يصح لان التسليم واجب على الاصيل وهو البائع فكذا على الكفيل
لانه يمكن استيفاؤه منه **قوله** ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح الكفالة
بالحمل وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كانت بغير عينها
جازت الكفالة وذلك لان الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على الموجر تسليم
الدابة دون الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لا يجب على الاصيل فلا يصح بخلاف
ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاء ذلك من الكفيل فصحت
الكفالة كذا قال الشيخ ابو نصر وقال في المبسوط ولو تكارى دابة او عبدا و
عجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه فان
الكفيل يؤخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما تجري فيه
النيابة فيصح الكفالة به فان هلك المستاجر لم يكن له على الكفيل شيء لان الاجارة
انفسخت وخرج الاصيل من ان يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر و
الكفيل ما كفل بالاجر **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه عاجز **قوله** ولا يصح الكفالة
الا بقبول المكفول له في المجلس هذا لفظ القدوري في مختصره اي في مجلس عقد الكفالة
قال في شرح الطحاوي ولا تجوز الكفالة ولا الحوالة الا بقبول المكفول له و
المحتال له عند ابي حنيفة ومحمد بيانه هو ان الذي عليه الدين اذا قال لرجل ان
لفلان بن فلان علي دينا فاكفل به له عني او احتل له عني ففعل ذلك الاخر ثم بلغ ذلك
الى الطالب فاجازها فانه لا يجوز ذلك عندهما ويجوز عند ابي يوسف وكذلك لو
ان فضوليا قال اشهدوا اني ضمنت ما لفلان على فلان من الدين وهما غائبان فبلغهما

فاجازا فهو على الاختلاف وكذلك هذا الاختلاف في النكاح اذا قال الفضولي اشهدوا
اني قد زوجت فلانة من فلان بمهر كذا فبلغهما فاجازا لم تجز عندهما وان قبل عن الغايب
احد فانه يتوقف بالاجماع وقال في التحفة وهذا بنا على ان شطر العقد يتوقف في
النكاح عند ابي يوسف خلافا لهما فهذا كذلك الا انهما استحسنا في المريض اذا قال
عند موته لورثته اضمنوا ما علي من الدين لغرمايي ففعلوا فهو جايز ويلزمهم
نظرا للغرما والحاصل ان الكفالة بالنفس او المال اذا كانت بحضرة المكفول له او
المكفول عنه صحت بالاجماع فان كان الطالب غايبا فهي جايزة عند ابي يوسف وقالا
لا يجوز الا ان يقبل عنه قابل فيتوقف على اجازته كذا في المختلف وجه قول ابي يوسف
ان عقد الكفالة التزام فيتفرد به الملتزم وما فيه من معنى التمليك ثابت في ضمن
الالتزام وهذا كالابراء يتفرد به المبري وان كان فيه معنى التمليك لانه ثابت تبعا
وضمنا ولهما ان معنى الالتزام فيما يرجع الى المضمون نفسه لانه من قبل كان ثابتا **فاما**
في حق المضمون له فهو تمليك لم يكن ثابتا وهو مطالبة الكفيل ومتى ثبت معنى التمليك
لم يتفرد الواحد به لانه شطر العقد او نقول ان الكفالة عقد وثيقة فيعتبر رضا
من له الوثيقة كالرهن قال في مختصر الاسرار لا يقال نقلب فنقول فيستوي فيه
المريض والصحيح لانا نقول به فان عندنا في المريض يعتبر الرضا ايضا الا ان من له الدين
اذا كان غايبا ورجع ولم يرض بضمان الوارث يبطل كفالته فاذا الرضا معتبر
وانما حضوره ليس بمعتبر والتعليل وقع للرضا لا للحضور وقال في مختصر الاسرار ايضا
وكان الكرخي يقول يعتبر الرضا في هذه المسئلة ايضا يعني في مسئلة المريض اذا قال
لوارثه اضمن الدين لغرمايي فضمنه مع غيبة الغريم **قوله** ولم يشترط في بعض النسخ
الاجازة اي في بعض نسخ كفالة المبسوط يعني على مذهب ابي يوسف جازت الكفالة
عند غيبة المكفول له مطلقة لا موقوفة على الاجازة ولانه ضرورة في الطالب
انشا طالبه وانشا تركه تتفرد به الملتزم لهذا المعنى وهذا وجه هذه الرواية عن
ابي يوسف اي هذا التعليل وهو انه تصرف التزام وجه الرواية التي لم
يشترط

يشترط فيها الاجازة بل جازت الكفالة مطلقة **قوله** وجه التوقف ما ذكرناه
في الفضولي في النكاح يعني ان وجه الرواية التي جازت الكفالة عند غيبة المكفول
له موقوفة على الاجازة هو الذي مر في كتاب الفضولي ان شطر العقد يتوقف على
ما ورا المجلس عنده والجامع عدم الضرر وعند ابي حنيفة ومحمد لا يتوقف شطر
العقد على ما ورا المجلس كما في البيع **قوله** الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول
المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرما هذا تمام
مسئلة القدوري استثناء من قوله ولا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له في
المجلس يعني يصح كفالة الوارث عن مورثه المريض للغريم الغايب استحسانا
لانه ايصا ولهذا لو مات لا عن تركة لا يوخذ الورثة باداية والايصا بقضاء
الدين يصح كذا في الشامل او نقول ان المريض قايم مقام الطالب وهو المكفول
له لحاجته الى اقامته نفسه مقام الطالب لتفريغ ذمته عن الدين فصار كان الطالب
حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فتكفل فذلك يصح فكذا هذا قال
في اشارات الاسرار ومن اصحابنا من يقول المريض بمنزلة الاجنبي الا ترى
انه لا ينفذ تبرعه فانزل خطابه منزلة خطاب الاجنبي فيكون العقد قايما بشطرين
فيصح قال في خلاصة الفتاوي ثم هذا من المريض يصح وان لم يسم الدين ولا صاحب
الدين **قوله** وانما يصح هذا اللفظ متصل بقوله لان ذلك وصية يعني ان
قول المريض لوارثه تكفل عني ايصا ولهذا لا يصح اذا لم يكن له مال ولكن الايصا صح
بلفظ الضمان قال في خلاصة الفتاوي واختلف مشايخنا فيما اذا قال المريض
ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه يعني قيل يصح كفالة الاجنبي للغريم الغايب
وقيل لا يصح وهذا معنى ما قال في المتن ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه
قوله ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة اي دون
الطلب هذا جواب سوال بان يقال لو كان المريض نازلا منزلة الطالب لكان قبوله شرطا
كقبول الطالب كما اذا قال لآخر بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يوجد القبول

من المشتري وهو قوله اشتريت فاجاب عنه وقال المراد منه التحقيق لا المسا
ومة تفريعا الذمة وكان قوله لوارثه تكفل عني فتكفل عنه قايما مقام قوله قبلت
كفالتك كما في النكاح لو قال زوجيني نفسك فقالت زوجت نفسي منك تكون ذلك
كالقبول فكانها قالت زوجت وقال قبلت **قوله** قال واذا مات الرجل
وعليه ديون ولم يترك شيا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا تصح اي قال القدوري في مختصره وقول الشافعي كقولهما كذا في شرح
الاقطع **اعلم** ان الكفالة عن الميت المفلس لا يصح عند ابي حنيفة رح خلافا لابي
يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لهم انه كفل بدين ثابت ولم يوجد المسقط فصحت
وهذا لان وجوب الدين ثبت حقا لصاحب الدين ولم يوجد ما يوجب السقوط والله
والدليل على انه ثابت ان الانسان لو تبرع بادايه صح والكفالة التزام التبرع فاذا صح
التبرع من الاجنبي صحت الكفالة لانها التزام التبرع وكذلك يصح الكفالة عن الميت اذا
بقي عنه مال ولو كان الدين يسقط بالموت في احكام الدنيا لم يصح الكفالة عنه لان
بقاء الدين في ذمة الاصيل شرط الكفالة وكذلك الكفالة في حالة الحياة يبقى
بعد موت المكفول عنه فعلم ان الدين ثابت على الاصيل ولابي حنيفة رضي الله عنه
انه كفل بدين ساقط فلا يصح الكفالة لان شرط الكفالة وجود الدين على الاصيل
فاذا سقط عنه سقط عن الكفيل ايضا وانما قلنا انه كفل بدين ساقط لان محل
الدين فات وقيام الدين من غير محل محال وهذا لان محل الدين هو الادمي
بوصف الذمة وقد خربت الذمة بالموت لان الميت التحق بالجمادات في حق احكام
الدنيا والكفالة من احكام الدنيا فلا تصح فاذا انعدم الوجوب في حق الاصيل لم تصح الكفالة
لانها بناء على الوجوب في جانب من عليه بخلاف التبرع عن الميت في اداء دينه فانه يصح
لان التبرع لا ينبني على قيام الدين فانه يصح وان لم يوجد الدين والكفالة لا يتحقق
الا بعد قيام الدين وقد فات الدين كفوات محله وبخلاف الكفالة عن الميت الملي
فانه يصح لان محل الاستيفاء موجود وهو المال فامكن القول ببقاء الدين لبقاء اثره

وهو

وهو الاستيفاء فصحت الكفالة وبخلاف ما اذا كانت الكفالة في حالة الحياة حيث
يبقى الدين ولا يبطل الكفالة لان الحق ثبت في ذمة الكفيل حين كان الاصيل مطالبا فبقي
كما كان ولم يسقط بالموت لان الكفيل خلف الميت في قضاء الدين فصار قيامه كقيام الميت
لم تخرب ذمته **قوله** لان الدين هو الفعل حقيقة هذا دليل لسقوط الدين يعني
ان الدين انما سقط لان الدين عبارة عن الفعل وهو فعل تمليك المال والفعل انما يجب
على القادر عليه والميت عاجز عن الفعل فيسقط لئلا يؤدي الى تكليف ما ليس في
الوسع وانما قلنا ان الدين عبارة عن الفعل لانه يوصف بالوجوب والوجوب من خصايص
الافعال لا من خصايص الاموال الا ترى انه يقال وجب الدين ويقال الدين واجب وانما قلنا ان
الوجوب من خصايص الافعال لان الفعل المجرد عن المال يوصف بالوجوب كالايمان
والصلاة والصوم وغير ذلك مما هو واجب والمال المجرد لا يوصف بالوجوب اعني
لا يصح وصفه بذلك لا يقال هذا الجدار واجب او هذا الحمار واجب فاذا كان كذلك
علم ان الوجوب من خصايص الافعال ووصف المال بالوجوب مجاز في قولهم وجب على فلان
الف درهم من ثمن مبيع او ضمان استهلاك ونحو ذلك ووجه المجاز كون المال
الواجب كالموهوب مسمى هبة ولهذا صح نفي الوجوب عن المال بان يقال هذا المال
ليس بواجب بل اداوه واجب وصحة النفي امارة المجاز ولكن الشرع جعل الدين مالا
واعطاه حكم المال في انعقاده نصابا **للزكاة** وجريان الارث وجواز الشراء
والهبة ممن عليه لكونه وسيلة الى المال وللشرع هذه الولاية **قوله** واذا كان به
كفيل او له مال لان خلفه اما الافضاء الى الاداء باق هكذا وقع السماع مرارا وقد
كان نسخة الشيخ الامام حافظ الدين الكبير البخاري هكذا ايضا وهو جواب
عن قولهما وكذا تبقى اذا كان به كفيل يعني اذا كانت الكفالة في حالة الحياة تبقى بعد
موت الاصيل وكذلك تصح الكفالة عن الميت اذا مات مليا لان خلف الميت باق
وهو الكفيل او الافضاء الى الاداء باق واذا مات عن تركة فلم يسقط الدين لوجود
القدرة على الاداء بالكفيل او المال بخلاف ما اذا لم يكن الكفيل في حال الحياة

اذ لم يبق منه مال حيث لا يصح الكفالة للعجز عن اداء المال وفي بعض النسخ اذ الاقضاء
في الاداء باق بسبيل التعليل على خلفية الكفيل او المال يعني ان الدليل على خلفية
الكفيل او المال هو الاقضاء الى اداء الدين بكل واحد من الكفيل والمال
لان الخلف ما يقوم مقام الاصل وكل واحد منهما يقوم مقام الاصيل في قضاء الدين
فثبت الخلفية **قوله** ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان
يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها الضمير المستتر في قوله فقضاه راجع الى
رجل وهو المكفول عنه والبارز راجع الى من وهو الكفيل والمستتر في يعطيه الى من
وهو الكفيل والبارز الى الالف وصاحب المال منصوب على انه مفعول ثان لفعل
الاعطاء والضمير في له راجع الى رجل وهو المكفول عنه وفي فيها راجع الى الالف
على تاويل الدراهم وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل كفل عن رجل بالف درهم بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيها صاحبها اله
ان ياخذها منه قال لا وان ربح فيها ربحا فهو له ولا يتصدق به وان كانت الكفالة
بكر حنطة فقضاه الذي عليه الاصل فباعه الكفيل فربح فيه فان الربح له الا انه
احب الي ان يرده الى الذي قضاه ويرده عليه ولا اجبره على ذلك في القضاء
وقال يعقوب ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاه الكر الا منا لفظ محمد في
اصل الجامع الصغير **اعلم** ان رجلا اذا كفل عن رجل بالف درهم بامره فادى الاصيل
المال الى الكفيل قبل ان يؤديه الكفيل الى الطالب ثم اراد الاصيل ان يسترد الالف
من الكفيل ليس له ذلك الا ان يقضي الدين بنفسه قبل اداء الكفيل فحينئذ يسترد وذلك
لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير اداء الدين
من مال الكفيل فما لم ينتف هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه لا يصح المطالبة كتعجيل
دفع الزكاة الى الساعي وكدفع الثمن الى البايع في البيع بشرط الخيار قبل سقوط شرط الخيار
فان تصرف الكفيل في الالف وربح فهل يطيب له الربح ام لا قال في الجامع الصغير
فهو له ولا يتصدق به وذلك لانه ملكه حين قبضه فالربح حصل اذن على ملكه مع

وملك

وملك الكفيل المدفوع اليه اذا قضى الكفيل الدين ظاهر **اما** اذا قضاه الاصيل
بنفسه فلان لك يملكه الكفيل لانه وجب للكفيل على الاصيل مثل ما وجب للطالب على
الكفيل وهو المطالبة بالدين الا انه اخرت مطالبة الكفيل الاصيل الى وقت اداء الكفيل
فنزل ما على الاصيل للكفيل منزلة الدين المؤجل والدين المؤجل اذا عجله من
عليه واعطاه صاحبه ملكه فلذلك الكفيل يملكه بالقبض في الدليل على كونه بمنزلة
الدين المؤجل ان ابراء الكفيل الاصيل يصح قبل اداء الكفيل قالوا في شروح الجامع
الصغير هذا الفصل على وجهين **فاما** ان دفع الاصيل اليه على وجه الرسالة
او على وجه الاقتضاء وكل ذلك على وجهين **اما ان كان** المدفوع اليه مما لا يتعين
بالتعيين كالنقود او مما يتعين كالعروض فان دفع على وجه الرسالة بان قال
خذ هذا المال وادفع الى الطالب لا يطيب له الربح سواء كان المدفوع مما لا يتعين
او يتعين في قول ابي حنيفة ومحمد وطاب له عند ابي يوسف وذلك لان
الخبث ثبت لقدم الملك لان تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه المالان
قال قاضي خان اصل المسئلة ان المودع او الغاصب اذا تصرف في الوديعة او الغصب
وربح فعندهما لا يطيب له الربح خلافا لابي يوسف وان دفع على وجه الاقتضاء
بان قال الاصيل للكفيل اني لا آمن ان ياخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك قبل
ان تؤدي طاب له الربح اذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لانه ملكها
بالقبض لما قلنا غاية ما في الباب ان للاصيل الرجوع على الكفيل اذا ادى الاصيل
بنفسه والرجوع لا يتبين انه لم يملك لانه لا يتعين وان كان المدفوع مما يتعين
كغير النقود قال ابو حنيفة في رواية هذا الكتاب يستحب ان يرده على الاصيل
وقال في كتاب الكفالة من الاصل يتصدق به وقال في كتاب البيوع منه يطيب له
وعند ابي يوسف ومحمد يطيب له ولا يرده ولا يتصدق به قال فخر الاسلام ويستوي
في هذا ان اداه المطلوب الى الطالب بنفسه او اداه الكفيل وجه قولهما ان
الكفيل بعقد الكفالة استوجب على الاصيل دينا مؤجلا كما بينا ولهذا صح ابراء الكفيل

الاصيل قبل اداء الكفيل حتى اذا ادى لم يكن له الرجوع وصاحب الدين المؤجل اذا استوفاه
يكون استيفاؤه صحيحا فكان الربح حاصلا على ملكه فطاب له ولابي حنيفة ان ملك
الكفيل في المدفوع اليه قاصر وذلك لان الطالب اذا اخذ حقه من الكفيل ينتقض ملكه
واذا اخذ من الاصيل ينتقض فكان الملك قاصرا فلو لم يكن الملك اصلا لثبت حقيقة
الخبث فاذا كان قاصرا ثبت شبهة الخبث فلم يطب له الربح قيل في رواية عن ابي حنيفة
يتصدق به لان سبيل الخبث التصدق وفي رواية يرده على الاصيل فان رده على الاصيل
فان كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان في كتاب الغصب قال فخر
الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير والاشبه ان يطيب له لانه انما يرد عليه على انه
حقه **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى قوله بعد خطين اما اذا قضى الدين فطاهر الاخر
قوله بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة يعني يرجع الاصيل على الكفيل بالمدفوع
اليه لانه امانة **قوله** فان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به الضمير في فيه راجع الى الالف
وفي له الى الكفيل وفي به الى الربح هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء فان قبضه على وجه
الرسالة يتصدق بالفضل في قولهما ويطيب له الفضل في قول ابي يوسف وهذا بمنزلة
من غصب من انسان وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لانه استفاد الربح من
اصل خبيث وفي قول ابي يوسف يطيب له لانه قال الخراج بالضمان **قوله** قضى
الدين اي قضى الكفيل **قوله** وجب له اي للكفيل **قوله** مثل ما وجب للطالب عليه
اي على الكفيل واراد مثل ما وجب المطالبة بالدين **قوله** اخرت المطالبة اي مطالبة
الكفيل الاصيل الى وقت الاداء اي اداء الكفيل **قوله** فنزل منزلة الدين المؤجل
بدليل ان الكفيل قبل ادائه اذا ابرأ الاصيل حتى صح لم يكن له الرجوع بعد الاداء **قوله** الا
ان فيه نوع خبث استثناء من قوله فهو له ولا يتصدق به وكانه ذكره جوابا لسؤال
بان يقال في هذا الربح نوع خبث فينبغي ان يتصدق به لان حق المال الخبيث مع الملك فلا يعمل
الخبث مع الملك فيما لا يتعين فلاجل هذا لم يؤمر بالتصدق **قوله** بينه اشارة الى
قوله في وجه قول ابي حنيفة وقوله انه تمكن الخبث مع الملك الاخره **قوله** و

مغصوب

قد

وقد قررناه في البيوع اي في اخر البيع الفاسد قبيل فصل فيما يكره **قوله** وهو رواية
عن ابي قول ابي يوسف ومحمد رواية عن ابي حنيفة ايضا وهو ان الربح للكفيل
ولا يرده على الاصيل وهي رواية كتاب البيوع **قوله** وعنه انه يتصدق به اي
روي عن ابي حنيفة ان الكفيل يتصدق بالربح وهي رواية كتاب الكفالة **قوله**
على الوجه الذي بيناه اشارة الى قوله لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما
وجب للطالب عليه **قوله** او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل اي لان المكفول
عنه رضي بكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار اداء الكفيل الدين **قوله** ويرده
عليه في رواية اي يرد الكفيل الربح على المكفول عنه في رواية فاذا رده عليه طاب له
ان كان فقيرا وان كان غنيا ففيه روايتان وقد مر قبل هذا **قوله** وهذا اصح اي القول
برد الربح على المكفول عنه اصح من القول بالتصدق **قوله** لان الحق له اي
للمكفول عنه وهذا دليل قوله وهذا اصح اي القول بالرد هو الاصح لان الامر
بالتصدق لحق المكفول عنه فلما رده اليه يصل كل ذي حق الى حقه فلا حاجة
الى التصدق **قوله** ومن كفل عن رجل الف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه
حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البايع فهو عليه وهذه من
الخواص والضمير المجرور في ان يتعين عليه راجع الى الاصيل وفي فهو عليه راجع الى
الكفيل اي على الكفيل **اعلم** ان الاصيل اذا امر الكفيل ان يتعين عليه حريرا اي
امره ان يشتري حريرا بطريق العينة فالشراء للكفيل والربح عليه ايضا والعينة
مكروهة لقوله عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر
عليكم عدوكم والمراد باتباع اذناب البقر الزراعة واختلفوا في تفسير العينة قال
بعضهم تفسيرها ان ياتي الرجل رجلا يستقرضه فلا يرغب المقرض في الاقراض طمعا
في الفضل الذي لا يناله بالقرض فيقول لا يتيسر لي القرض ولكن ابيع هذا الثوب
ان شئت باثني عشر درهما وقيمته في السوق عشرة لتبيعه انت في السوق بعشرة
فيفعل كذلك فيحصل للمستقرض عشرة دراهم ولرب الثوب ربح درهمين بطريق

البيع وسمي عينة لانه اعراض عن الدين الى العين وقال بعضهم تفسير العينة ان يبيعه
رب الثوب باثني عشر درهما فيبيع المشتري من غيره بعشرة دراهم ثم ان البايع
الاول يشتريه بعشرة دراهم فيحصل لرب الثوب ثوبه ودرهمان بعشرة فيكون
تلوها لانه حصل غرضه في الربوا بطريق المواضعة وفر عن القرض المندوب
وحكي عن محمد ابن سلمة البلخي رحمه الله انه كان يقول للتجار ان العينة التي
جاءت في الحديث خير من بياعاتكم هذه اذا ثبت نقول اذا قال المكفول عنه للكفيل تعين
على حريرا لم يكن ذلك توكيلا لانه اتى بكلمة الضمان حيث قال على ولم يقل تعين لي
على انه لا يتم الوكالة بهذا القدر ايضا لانه لما لم يسم مقدار الحرير ولا مقدار الثمن كانت
الوكالة فاسدة كرجل امر رجلا ان يشتري له حنطة ولم يبين مقدار الحنطة ولا مقدار
الثمن وتدارك الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سوالا وجوابا فقال فان قيل قصد
المطلوب بهذا الشراء قضاء الدين والدين الف درهم فلم لا يجعل كانه بين مقداره
من طريق الدلالة وهو الف درهم قيل له لانه لما امره بان يتعين عليه ولم يبين
انه امره بذلك لاجل قضاء الدين او غيره جواب اخر انه وان بين ذلك فانه يحتاج الى
ان يشتري نسيئة بالثمن الالف حتى يمكنه ان يبيعه بالف فصار كانه قال اشتر حريرا
بالثمن الف درهم وان قال هكذا لم يجز ايضا لانه لم يبين المقدار الذي يزاد على
الالف قالوا ومعنى كلمة الضمان انه امره ان يشتري ثوبا باثني عشر ليبيعه
في السوق بعشرة ليقضي منه الدين على انه ان اصابه فيه خسران فعليه والضمان بالخسران
باطل لان الضمان لا يكون الا مضمونا والخسران ليس بمضمون على احد فبطل
الضمان كمن قال لغيره بايع في السوق على ان كل خسران يصيبك فانا ضامن
بذلك او كفل لرجل بعبده ان ابق فاذا لم يصح الوكالة والضمان كان الشراء للكفيل
والربح الذي ربحه البايع على الكفيل ولا تفاوت بين القولين وكل ذلك من العينة
قوله مطاوعة لمذموم البخل قال في باب فضل الصدقة من كتاب تنبيه الغافلين
روي عن النبي صلى الله عليه انه قال البخيل بعيد من الله بعيد من الناس بعيد من
الجنة

دراهم

الجنة قريب من النار والسخي قريب من الله قريب من الناس قريب من الجنة بعيد
من النار قوله وهو فاسد اي الضمان بالخسران فاسد لان الخسران ليس بمضمون
على احد قوله الزيادة عليه اي على الكفيل يعني بها الزيادة على قدر الدين
ومعنى قوله وكيف ما كان اي سواء كان قوله تعين على كفالة او وكالة فاسدة
قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه
فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل وصورة
المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكفل للرجل بما
ذاب له عليه من حق او بما قضي له عليه من حق فغاب المكفول عنه فجاء المدعي
بالكفيل فاقام عليه البينة ان له على المكفول عنه الف درهم قال لا تسمع منه
بينة على الكفيل حتى يحضر المكفول به الا ان هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وذلك لان الكفيل التزم ما لا يقضى به في المستقبل فما لم يقض به لا يجب شيء على
الكفيل لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء على الاصيل ولم يوجد الشرط وهذا
ظاهر فيما اذا كفل بما قضي له عليه اما اذا كفل بما ذاب له عليه فلذلك لان معنى
ذاب وجب مستفاد من ذوب الشحم كذا ذكره المطرزي واللفظ وان كان ماضيا يراد به
المستقبل كقولهم اطال الله بقاءك وادام عزك فلما كان كذلك قلنا ان الكفيل كفل بمال
يجب على الغايب بعد عقد الكفالة لا قبله ودعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك
حيث لم يتعرض لوجوب المال بعد عقد الكفالة بل يحتمل انه كان واجبا قبل الكفالة
وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوى فلم تسمع البينة حتى لو اقام البينة
وجب له على الغايب الف درهم بعد عقد الكفالة قبلت بينته كذا قالوا في شروح الجامع
الصغير وباقي الكلام مر عند قوله وتجوز تعليق الكفالة بالشروط قوله ومن اقام
البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى
المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضي على الكفيل خاصة وصورة المسئلة
في الجامع الصغير قال يعقوب وحماد اذا كفل عن رجل بمال لرجل بامر المكفول عنه فغاب

للمكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل
بامر فلان عن فلان فاني اقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغايب
فان كانت الكفالة بغير امر الغايب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصما عن
الغايب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
ذكر في الكتاب عن ابي يوسف وحده خاصة وليس في المسئلة اختلاف لانه لم يرو عن ابي
حنيفة خلاف هذا وقال شمس الايمة السرخسي وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ عن
ابي حنيفة نصا وانما قبلت البينة هنا ولم يقبل في المسئلة المتقدمة لان ثمة المكفول به مال
مقيد وهو ما يجب على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعي وقعت مطلقة لم يتعرض
لذلك ففسدت الدعوى فلم يقبل وهنا المكفول به مال مطلق لانه قال وان هذا كفيل عنه بامره
ودعوى المدعي المال مطلقة ايضا فصحت الدعوى فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى
ودايرة القضاء على الكفيل وعلى المكفول عنه انه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج الى
اقامة البينة عليه لانه لما اثبت الكفالة على الحاضر بامر الغايب وقضى القاضي بذلك
ثبت امر الغايب بالكفالة عنه وثبت اقراره بالدين وانتصب الحاضر خصما عن الغايب
بخلاف ما اذا اقام البينة على انه كفل بغير امر الغايب ثبت الدين على الكفيل خاصة
ولا يثبت على الغايب شيء لانه لما لم يثبت الامر من الغايب لم يتعد القضا اليه كذا قال
الامام الزاهد العتابي وقال فخر الدين قاضي خان الفرق بين الكفالة بامر المكفول
عنه وبين الكفالة بغير امره ان الكفالة بامر معاوضة في الثاني والكفالة بغير امر تبرع
محض فكان بينهما مغايرة فاذا ادعى الكفالة بامر لا يمكن القضاء بالكفالة الا بعد القضية
ومن ضرورته القضاء بامر القضاء على الغايب لان امره اقرار بالمال **فاما** اذا ادعى الكفالة
بغير امر لم يكن من ضرورته القضاء بها القضاء على الغايب ولان الثابت بالبينة كالثابت
عيانا ولو عاينا ذلك كان الجواب ما ذكرنا **ثم** في صورة الكفالة بالامر اذا ادى الكفيل
يرجع بما ادى على الاصيل عندنا وقال زفر لا يرجع لان الكفيل لما انكر الكفالة صار ذلك
منه اقرارا بان الاصيل لم يامره واقرار المرء على نفسه صحيح لانه مواخذ بزعمه فلا يرجع

اذن

اذن قلنا لما قضى القاضي بالكفالة بامر بالبينة صار الكفيل مكذبا شرعا فيما
زعم فبطل زعمه فيثبت له الرجوع كمن اشترى شيا من انسان واقر ان البايع باع
ملك نفسه ثم استحق المبيع بالبينة كان للمشتري الرجوع بالثمن على البايع لانه
بطل زعمه **قوله** وانما تقبل اي اقامة البينة حتى يقضى بالمال على الكفيل **قوله** بخلاف
ما تقدم اي بخلاف المسئلة المتقدمة حيث لا تقبل بينة المدعي على الكفيل **قوله** لانهما
يتغايران اي لان الكفالة بامر والكفالة بغير امر يتغايران لان الاولى تبرع ابتداء
معاوضة انتهاء والثانية تبرع محض ابتداء وانتهاء **قوله** ثبت امره اي المكفول عنه
وهو يتضمن الاقرار بالمال اي الامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال لانه لا يامر الكفيل
ان يؤدي عنه الا اذا كان مقرا بالمال **قوله** جانبه اي جانب المكفول عنه **قوله**
لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل والضمير في لانه ضمير الشان والقصة
اي لان الشان تعتمد صحة الكفالة وجود الدين في اعتقاد الكفيل وهو حاصل فصحت
ولكن لا يتعدى القضا بالكفالة الى المكفول عنه لانه لما لم يمس جانبه قال في الجمهرة
الزعم والزعم لغتان فصيحتان قال عنترة زعما لعمر ابيك ليس بمزعم واكثر ما يقع
الزعم على الباطل ولذلك جاء في التنزيل زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا وكذلك
ما جاء من الزعم في القران وفي فصيح الشعر قال **الشاعر** زعمت سخينة ان
ستغلب ربها وليغلبن مغالب الغلاب **قوله** اليه اي الى المكفول عنه **قوله** ومن
باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يبيع الدار ويتكفل رجل للمشتري بما ادركه
من درك ثم جاء الكفيل يدعيها فان الكفالة تسليم للبيع فان شهد على البيع وختم
لم يكن شهادته وختمه تسليما للبيع الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهذا كله
من الخواص **اعلم** ان ضمان الدرك عبارة عن قبول درك الثمن عند استحقاق
البيع فاذا كفل رجل للمشتري بدرك المبيع كان عقد الكفالة تسليما للمبيع حتى اذا
كفل الكفيل بالدرك وادعى المبيع لا يسمع دعواه لانه لو صح دعواه واخذ المبيع كان

للمشتري ان يرجع عليه بحكم الضمان فلا يفيد ولانه لو كانت الكفالة مشروطة في البيع
بان باع بشرط الكفالة كان تمام البيع متعلقا بقبول الكفيل فصار كانه هو الموجب للعقد
فلو صح دعواه بعد ذلك يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته فلا يجوز ذلك ولهذا
يبطل شفعته لو كان شفيعا وهذا الوجه يوجب ان لا يكون تسليما اذا لم يكن ضمان الدرك
مشروطا في البيع **والوجه الثاني** ان المراد من هذا الضمان ترغيب المشتري في البيع
لانه ربما لا يرغب في الشرا اذا لم يضمن بالدرك احد فيكون المراد منه ترغيبا وتاكيدا
للعقد فكانه قال اشتر هذا فان العقد جائز والمبيع ملك البايع فان لحقك درك
فيه فانا ضامن لك فاذا كان كذلك كان الكفيل مقرا بملك البايع فلا يصح دعواه بعد
ذلك للتناقض وهذا الوجه يوجب التسوية بينما اذا كان الضمان مشروطا في البيع او لم
يكن مشروطا وجواب الجامع الصغير مطلق **واما** اذا شهد وختم فذلك ليس بتسليم
حتى يصح دعواه بعد ذلك وتقبل شهادته لغيره ايضا لان نفس كتابة الشهادة لا يكون
اقرارا منه بان المبيع ملك البايع لانه قد يبيع ملك غيره كما يبيع ملك نفسه فكانت الشها
على البيع صورة لا تقتضي فان بيع مال الغير بلا اذنه بيع صورة لا معنى والشهادة على البيع
صورة لا تدل على صحته ونفاذه لان الاقرار بملك البايع لم يوجد بخلاف المسئلة المتقدمة
فان الضمان بالدرك اقرار من الكفيل بملك البايع قال الصدر الشهيد وغيره في شرح
الجامع الصغير قال مشايخنا ان ذكر في الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بان كتب
في الصك باع وهو يملكه ذلك وهو كتب شهد بذلك فانه يبطل دعواه الا ان يكون كتب
الشهادة على اقرارهما بذلك كله فحينئذ لا يبطل دعواه بان يكتب في الشهادة باع فلان
لذا من فلان او قد اقر البايع انه باع بملك نفسه وذكر ظهير الدين في فوايده تفسير الختم
فقال ذكر الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني ان الشاهد كان اذا كتب اسمه في الصك
جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا تجري فيه التزوير
والتبديل وهذا كان في عرف زمانهم وهذا العرف لم يبق في زماننا **قوله** فهو
تسليم اي الضمان بالدرك من الكفيل تسليم وتصديق بان البايع باع بملك نفسه

قوله

قوله وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم اي ذكر الشهادة بانه باع وهو يملكه اذا باع
بيعا باتا نافذا تسليم من الشاهد حتى لا يصح دعواه بعد ذلك **فصل**
في الضمان الضمان والكفالة بمعنى وانما التغاير في اللفظ فباعتبار تغاير اللفظ اورد
مسايل هذا الفصل في فصل على حدة لان مسايله مذكورة بلفظ الضمان ولهذا قال
محمد في اصل الجامع الصغير في هذا المقام باب الضمان **قوله** قال ومن باع لرجل ثوبا
وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل وصورة المسئلة في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله في الرجل يعطي الرجل ثوبا ليبيعه بعشرة ففعل
ثم ضمن البايع الثمن للامر قال الضمان باطل وكذلك المضاربة اذا باعها الرجل و
ضمنها فلا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير **وانما** كان الضمان باطلا لوجهين
احدهما ان حق قبض الثمن للوكيل والمضارب فلو صح الضمان كان ضامنا لنفسه عن
نفسه وهو محال لان الضمان محل المطالبة بالمضمون والمطالبة حق الوكيل والمضارب
قبل المشتري فلو صح الضمان يكون لنفسه وهو باطل **والثاني** ان الوكيل امين في
حق الموكل في الثمن فلا يصح ضمانه لان الامين لا يكون ضمينا للزوم مناقضة
حكم الشرع كالمودع اذا ضمن الوديعة للمودع وكالمستعير اذا ضمن العارية للمعير
بالشرط وانه باطل فكذا هذا بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر عن الزوج فانه يصح
لان الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر لا يرجع حقوق العقد اليه فلا يلزم من صحة
الضمان وقوع الضمان لنفسه ومعنى قوله باع لرجل اي لاجل رجل **قوله** فيرد عليه
وهذا كمن سها في الصلاة فسلم بنية الخروج يرد ذلك عليه لكونه تغيير حكم الشرع حتى
يلزمه ان ياتي بسجدتي السهو ما لم يوجد منه ما يقطع الصلاة **قوله** وكذلك رجلان
باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن اي الضمان باطل
وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجلين
باعا من رجل عبدا صفقة واحدة فضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن قال
الضمان باطل وذلك لان الثمن مشترك بينهما فلو صح الضمان فلا يخلو **اما** ان يصح

في نصف الثمن مطلقا او في حصة الشريك فلا حاجة في الاول لانه يلزم ان يكون ضامنا
لنفسه وهو باطل لانه ما من جزء من الثمن الا وهو مشترك بينهما الا ترى انه لو
قبض شيئا من الثمن كان لصاحبه شريكا فيه ولا وجه في الثاني ايضا لانه
يؤدي في قسمة الدين قبل القبض وذلك باطل لان الدين في ذمة من عليه لا يقبل
القسمة ولا تمييز نصيب صاحبه لان القسمة افراز الانصباء والافراز لا يتحقق الا
في العين دون الدين في الذمة فاذا لم يتميز نصيب صاحبه يقع الضمان عن نفس
الضامن لنفسه وهو باطل وان كان البيع صفقتين بان كانا سميا لكل نصيب ثمنا
صح ضمانه لانه لا يلزم ان يكون الضمان لنفسه لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن
الاخر فانقطعت الشركة ولهذا لو اخذ احدهما نصيبه من الثمن لم يكن للاخر ان
يشاركه فيه وكذلك للمشتري اذا قبل نصيب احدهما ورد الاخر صح ولو قبل
الكل ثم نقد حصة احدهما ملك قبض نصيبه **قوله** وان قبل الكل اي وان قبل المشتري
الكل بكلام واحد قال ومن ضمن عن الاخر خراجه ونوايبه وقسمته فهو جائز وهذه من
خواص الجامع الصغير **اما** الخراج فانما صح الضمان به لانه دين مضمون حقا للعبد
يطالب به ويحبس فصار ضمانه كساير الديون بخلاف الضمان بالزكوة فانه لا يصح في
الاموال الظاهرة والباطنة جميعا لان الزكوة عبارة عن تمليك جزء من النصاب تقربا
شرعا من غير ان يكون دينا في الذمة ولهذا لا يؤخذ بعد الموت من التركة بخلاف
الخراج لانه دين لان الدين عبارة عن وجوب تمليك المال في الذمة بدلا عن شيء اخر
كقيم المتلفات وثمن المبيع والمهر ونحو ذلك والمبدل كان بالكفالة فيكون البدل
بالكفالة ايضا والخراج مبدل عن منفعة الحفظ فيكون دينا وليس الزكاة بدلا عن
شيء اخر فلا يكون دينا فكان الملك متعلقا بالتمليك وهذا معنى قوله لانها مجرد فعل
يعني ان الزكوة عبارة عن مجرد فعل وهو تمليك المال من غير ان يكون دينا وقد سبق
بيان مسئلة الخراج قبل هذا الفصل باوراق عند قوله والرهن والكفالة جايزان في
الخراج وهو معنى قوله ذكرناه وقد قيل المراد من الخراج الذي يصح الكفالة عنه
الخراج

الخراج الموظف وهذا الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة على مال معلوم
لا المقاسمة بالربع او الثلث فان خراج المقاسمة ليس بواجب في الذمة فلم يكن دينا
واما النوايب فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد منه ما يكون بحق
كاجر **الحارس** وكري نهر العامة وانه دين ويسمى نايبة وقال بعضهم هو ما
يحتاج اليه الامام نحو تجهيز المقاتلين وفداء الاسارى بان لا يكون في بيت المال شيء
فيوظف ما لا على الناس فيجوز ذلك فيجب اداؤه على كل موسر نظرا للمسلمين نصيب
انسان قسمة صاحبه اي نصيبه من ذلك يجوز **واما** النوايب التي يوظفها
السلطان على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم لا يصح الكفالة بها لان الكفالة شرعت لالتزام ما على الاصيل حكما وليس
ههنا مطالبة حكمية باثره رجع عليه لان العبرة في الكفالة لتوجه المطالبة حسا
فكان بمنزلة دين واجب واليه ذهب فخر الاسلام البزدوي رحمه الله وقال والعبرة
في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوايب
على المسلمين بالقسط والمعادلة يكون ماجورا وان كان اصله من جهة الذي
ياخذ باطلا ولهذا قلنا ان من ضمن بنايبة غيره باذنه رجع عليه من غير شرط الرجوع
استحسانا بمنزلة ثمن المبيع الا هنا لفظ فخر الاسلام لكن هذا اذا امره به في الرجوع
هكذا ذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله **واما** القسمة فقد قال الفقيه ابو الليث
السمرقندي رحمه الله ذكر عن ابي بكر ابن ابي سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا
لانه لا معنى له يعني ان القسمة مصدر وهو الفعل غير مضمون وكان الفقيه ابو
جعفر يقول معناه اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع صاحبه من ذلك فان القسمة واجبة عليه فاذا ضمن انسان ليقوم مقامه في
القسمة يجوز ذلك لانه ضمن شيئا مضمونا وهو يقدر على ايفائه كذا ذكر الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقال بعضهم منهم فخر الاسلام البزدوي يحتمل ان
يكون المراد بالقسمة ما وظف عليه من النوايب الراتبة كاجرة الحارس ونحوها والمراد

بالنوايب المذكورة اولا ما ينوبه مما هو غير متعارف ولا موظف الا انه تحتمل
الوقوع **قوله** الامام البزدوي اراد به فخر الاسلام علي بن محمد ابن الحسين
ابن عبد الكريم النسفي لا اخاه صدر الاسلام محمد بن محمد بن الحسين ابن عبد
الكريم النسفي فان صدر الاسلام قال الا عدم الصحة وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ
الامام ابي منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي **قوله** فقد قيل
من النوايب بعينها او حصته منها اي من النوايب في الرواية على تقدير ارادة الحصة
يكون بكلمة او يعني اذا اقسم الامام ما ينوب العامة بحق نحو مؤنة كري النهر
المشترك فاصاب واحدا منهم شي فيجب عليه اداؤه فكفل به رجل صح ذلك
قوله وقيل هي النايبة الموظفة الراتبة اراد بها المقاطعات الديوانية في
كل شهر او ثلثة اشهر هكذا ذكر في بعض الشروح وفسرها في شروح الجامع الصغير
باجرة الحارس ونحوها وقد مر قبل هذا **قوله** والمراد بالنوايب اي بالنوايب المذكورة اولا
قوله والحكم ما بيناه يعني ان الكفالة بالنوايب جايزة **قوله** ومن قال لاخر لك علي مائة
درهم الى شهر فقال المقر له حالة فالقول قول المدعي وهذه من مسايل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لرجل لك علي مائة درهم الى الشهر
وقال الاخر بل هي حالة قال القول قول الذي زعم انها حالة وقال عن ابي حنيفة
في رجل قال لرجل قد ضمنت لك عن فلان مائة درهم الى شهر فقال المضمون له لا ولكنها حالة
قال القول قول الضامن قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير قال الشافعي القول قول
المقر في الفصلين وروى ابراهيم ابن رستم عن ابي يوسف انه قال لا يصدق الضامن ويجب
المال حالا كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير فعلى هذا يكون الرواية الصحيحة في
الهداية والشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول
اي الحق الشافعي الاقرار بالدين بالاقرار بالكفالة حيث صدق المقر بالدين المؤجل
كما صدقنا المقر بالكفالة المؤجلة وابو يوسف الحق الاقرار بالكفالة المؤجلة
بالاقرار بالدين المؤجل حيث لم يصدق المقر فيهما جميعا وفي بعض النسخ والشافعي
الحق

الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني وذلك ليس بصحيح
وجه قول الشافعي ان الدين قد يكون حالا وقد يكون مؤجلا فصح اقراره لانه اقر
باحد نوعي الدين كما في الكفالة ووجه قول ابي يوسف انهما تصادقا في وجوب
المال واختلفا في الاجل فثبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا فيه وجه الظاهر
ما قال اصحابنا في شروح الجامع الصغير ان الاجل في الديون الواجبة لا بعقد
الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات عارض ولهذا اذا
اطلقت تكون حالة فاذا انكر الاجل فقد انكر العارض فكان القول قوله ولهذا
قلنا في خيار الشرط اذا ادعاه احد العاقدين لا يثبت بقوله لانه عارض **واما**
الاجل في الكفالة فقد يثبت من غير شرط بان قال كفلت بما لك على فلان وعلى الاصيل
دين مؤجل يكون مؤجلا على الكفيل من غير شرط فلم يكن الاجل في الكفالة امرا عارضا
بل الكفالة المؤجلة احد نوعي الكفالة والاقرار باحد النوعين لا يكون اقرارا بالنوع
الاخر **قوله** فكان القول قول من انكر الشرط اي مع اليمين **قوله** كما في الخيار
اي في خيار الشرط اي القول قول من ينكره لانه عارض **قوله** فنوع اي نوع من
الكفالة يعني ان الكفالة المؤجلة احد نوعي الكفالة **قوله** والفرق قد اوضحناه
اشار به الى قوله ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه الى اخره **قوله**
ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى
يقضى له على البايع وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يشتري من الرجل جارية فكفل له رجل بما ادركه من
درك فاستحقت الجارية قال ليس للمشتري ان ياخذ من الكفيل الثمن حتى يقضى له
على البايع قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قال ابو يوسف في الامالي
له ان ياخذ الكفيل قبل ان يقضي على البايع لان الضمان قد توجه على البايع ووجب
للمشتري مطالبته فكذلك تجب على الكفيل وجه الظاهر ان بمجرد الاستحقاق
لا ينفسخ البيع ما لم يقض القاضي على البايع بالثمن لان في ابقاء البيع فائدة لانه يصح البيع

اذا اجازه المستحق فاذا قضى القاضي بالثمن على البايع انفسخ البيع لسقوط احتمال
الاجازة ولزم البايع رد الثمن فوجبت المطالبة على الكفيل ايضا لان الكفالة تحمل
الضمان عن غيره فما لم يقض على الاصيل لا تجب التحمل على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية
حيث ينفسخ البيع بمجرد القضاء بها لعدم احتمال البيع فيرجع المشتري على البايع
وعلى كفيله ان شاء وتفسير ضمان الدرك مر قبيل هذا الفصل عند قوله ومن
باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك قوله لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له على البايع اي لم ياخذ
المشتري الكفيل حتى يقضى للمشتري على البايع برد الثمن قوله على ظاهر الرواية
احتراز عن رواية الامالي وقد مرت قبل هذا قوله يرجع على البايع والكفيل اي
يرجع المشتري قوله وموضعه اوايل الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب
الاصل ترتيب محمد رحمه الله لان محمدا افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون
لان ابا يوسف كان يملي وكان محمد يكتب تلك الامالي وكان محمد يجعل تلك الابواب
اصلا ويزيد عليها ما شذ عنه مما يتم به تلك الابواب فكان اصل هذا الكتاب تصنيف ابي يوسف
وزياداته من تصنيف محمد فلذلك سماه كتاب الزيادات وكذلك اختلفت ابوابه ولم
يتفق ترتيبها ووقع مخالفا لسائر الكتب لانه تبرك باملاء ابي يوسف وقد رتبه بعض
مشايخنا كذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات وقال الاستروشني في
فصوله ذكر في الزيادات الاستحقاق نوعان مبطل للملك كالعتق ونحوه واستحقاق ناقل
للملك كالاستحقاق بالملك والناقل لا يوجب فسخ العقد في ظاهر الرواية والمبطل
يوجب على الروايات كلها ثم انهما يتفقان من وجه ويختلفان من وجه اخر فوجه
الاتفاق انهما يجعلان المستحق عليه ومن تلقى ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم
حتى ان واحدا منهم لو ادعى واقام البينة على المستحق بالملك المطلق لا يقبل بينته
ووجه الاختلاف ان استحقاق الناقل اذا ورد فان كل واحد من الباعة لا يرجع على بايعه
ما لم يرجع عليه ولا يرجع على الكفيل ما لم يقض على المكفول عنه وفي الاستحقاق المبطل
يثبت لكل واحد منهم الرجوع على بايعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل وان لم يقض
على المكفول

على المكفول عنه والباقي يعلم في الفصول وذكر فيه ايضا عن دعوى المنتقى المستحق اذا
اقام البينة على المشتري ان العين له ولم يوقت وقتا وقضي له رجع المشتري على البايع
بالثمن وان اقام المدعي بينة ان العين له منذ شهر وقد اشتراه المشتري قبل ذلك فقضي
للمدعي لا يرجع المشتري على البايع بالثمن وذكر في الفصول ايضا اقوالا في انفساخ
العقد قال بعضهم اذا قبض المستحق انفسخ وقال بعضهم ينفسخ بنفس
القضاء قال والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بايعه بالثمن فاذا رجع
ينفسخ حتى لو اجاز المستحق على قضاء القاضي وبعد قبضه قبل ان يرجع المشتري
على بايعه بالثمن يصح ثم قال فيه قال شمس الائمة الحلواني والصحيح من مذهب اصحابنا
ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات كلها ما لم يرجع كل واحد على بايعه بالقضاء قوله
ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل وصورة المسئلة في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشتري العبد فيضمن رجل العهدة قال
ضمان العهدة باطل وهذه من خواص الجامع الصغير وانما صار الضمان باطلا لان العهدة
لفظ مشتبه المراد لاشتراكها فلا تجب العمل به قبل البيان لان العهدة عند بعضهم اسم
للعقد اخذت من العهد والعهد والعقد سواء ويحتمل اسما للصك لانه وثيقة
بمنزلة كتاب العهد فسمي عهدة وضمان الصك باطل لانه لا يلزم الضامن تسليمه الى
المشتري وتحمل حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وتنطلق على خيار الشرط كما
جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط ويجوز ان يسمى الدرك عهدة ايضا
فاذا كان كذلك بطل العمل به قبل البيان فاما الدرك فقد صار مستعملا في ضمان
الاستحقاق خاصة فوجب العمل به كذا قال فخر الاسلام وقال ابو بكر الرازي
في شرح الطحاوي العهدة هي كتاب الشراء وهو للمشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه
وهذا باطل لان صحة الضمان انما يتعلق بما كان مضمونا على الغير فيضمنه الكفيل عنه
وكتاب الشراء ليس بمضمون على احد فيضمنه الكفيل واما ابو يوسف ومحمد فقالا ان
حملنا الضمان على هذا المعنى بطل فصار لغوا فحملناه على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء

ليصح معنى الضمان ولا يصير لغوا الا لفظ ابي بكر الرازي في شرحه وقال في اول كتاب الكفالة
من الاجناس وفي الينبوع املا ابي يوسف رواية بن سماعة قال ابو يوسف ضمان
العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن ثم اعلم ان ههنا ثلاثة الفاظ ضمان
الدرك وهو جائز بالاتفاق وضمان العهدة وهو باطل بالاتفاق على ظاهر الرواية و
ضمان الخلاص وهو باطل عند ابي حنيفة معناه لو استحق المبيع فعليه شراؤه و
تسليمه الى المشتري وجه قوله انه ليس بقادر على ايفاء ما ضمن ووجه قولهما انه
بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عن
تسليم المبيع وانه صحيح كذا قال العتابي وفي قول صاحب الهداية او قيمته نظر قال في
الجمهرة العهدة كتاب يكتب بين قوم بعهد او حلف وقال في تهذيب الديوان يقال عهدته
على فلان اي ما ادرك فيه من درك فاصلاحه عليه ويقال ان لي فيه عهدة اي نظرا
اصلح به ما فيه من خلل وقال في المجمل العهدة وثيقة المتبايعين والله اعلم

باب كفالة الرجلين

شرع في كفالة الرجلين لان
الاثنين بعد الواحد في الوجود فاخر ذكرها وضعا للتناسب **قوله** واذا كان الدين
على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل
واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على
النصف فيرجع بالزيادة وهذا لفظ القدوري الا قوله كما اذا اشتريا عبدا الى قوله
عن صاحبه فانه ليس من لفظ القدوري وانما اورده صاحب الهداية نظرا لكون
الدين على اثنين وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجلين اشتريا من رجل عبدا بالف درهم على ان كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فادى احدهما شيئا قال لا يرجع على صاحبه بشيء حتى يؤدي اكثر من
النصف فاذا ادى زيادة على النصف وذلك لوجهين احدهما ان النصف المؤدي
يحتمل ان يكون واقعا عن نفس المؤدي ويحتمل ان يكون واقعا عن صاحبه بطريق
الكفالة لان المال وجب على كل واحد منهما نصفه بطريق الاصالة ونصفه بطريق

الكفالة

الكفالة فجعله واقعا عن نفسه بطريق الاصالة اولى لانه اقوى لانه اداء تحقيقه الدين
وما عليه بطريق الكفالة من ثمرات الدين وهو المطالبة والاصل فوق التبع فاذا زاد
المؤدي على النصف فحينئذ يرجع على صاحبه بالزيادة لانه لم يبق معاوضة الاصل (صل)
والثاني انه لا فائدة في الرجوع لانه لو رجع على شريكه لجاز لشريكه ان يرجع عليه
فيؤدي الى الدور والمناقضة وهذا لان صاحبه يقول ان اداءك بحكم الكفالة عني
بامري كادائي بنفسي فان رجعت علي بحكم الكفالة فانا ارجع عليك ايضا بما
اديت لاني كفيل عنك ايضا فلا يسلم عن المناقضة فبطل الرجوع في النصف فوقع
اداء النصف عن المؤدي بخلاف ما اذا زاد المؤدي على النصف اذ ليس في الفضل
معارضة ولا مناقضة فوقع عن صاحبه فيفيد الرجوع **قوله** لان اداء نائبه
كادائه اي اداء الكفيل عنه بسبيل النيابة كادائه بنفسه فلو ادى هو بنفسه حقيقة
كان يرجع عليه فكذا اذا ادى تقديرا باداء نائبه فيؤدي الى الدور فلا يرجع
ما لم يزد على النصف **قوله** ثم هو تابع للاول اي الثاني وهو ما عليه بحق الكفالة تابع
لما عليه بحق الاصالة لان المطالبة مبنية على الدين **قوله** واذا كفل رجلان عن
رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه رجع على شريكه
بنصفه قليلا كان او كثيرا وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجلين كفلا لرجل عن رجل بالف درهم على ان
كل واحد منهما كفيل عن صاحبه قال كل شيء اداه احد الكفيلين فله ان يرجع
بنصفه على الكفيل معه وان شاء رجع به كله على المكفول عنه الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير وبيانه ان كل واحد من الكفيلين كفيل
عن الاصيل بجميع الالف وعن صاحبه ايضا بالجميع وانما يرجع احد الكفيلين على صاحبه
بما ادى قليلا كان او كثيرا لانهما استويا في العلة وهي ضمان الكفالة والاستواء في
العلة يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم منا فلما ثبت الاستواء بينهما وقع ما ادى احدهما
شايعا عنهما فيرجع المؤدي بنصف ما ادى على صاحبه ليستويا في الحكم وهذا لان

كل واحد منهما كفيل عن الاصيل وعن صاحبه والكل كفالة ولا ترجيح للبعض على البعض لانه ليس احدهما فوق البعض فلما ثبتت المساواة لا يلزم رجوع غير المؤدي فلا يلزم الدور خلاف ما تقدم حيث لا يرجع على صاحبه ما لم يزد على النصف لان اداء النصف كان عن جهة الاصالة والنصف الاخر عن جهة الكفالة فوجب الترجيح للاول لقوته بعد حصول صورة المفاوضة فاذا ثبت الرجوع على صاحبه بما ادى قليلا كان او كثيرا يرجع الكفيلان جميعا بالمؤدى على الاصيل لانهما اديا ما على الاصيل بامره احدهما بنفسه والكفيل الاخر بنائبه وهو صاحبه الذي كفل عنه وان شاء الكفيل المؤدي يرجع بجميع ما ادى على الاصيل لانه ادى ما عليه بامره **قالوا** في شروح الجامع الصغير ولو ابرأ رب الدين احد الكفيلين اخذ الكفيل الاخر بجميع الدين وذلك لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فاذن الدين حاله على الاصيل والكفيل الاخر كفيل بجميع الدين فيطالب بذلك **قوله** والمطالبة متعددة لان كل واحد من الكفيلين يطالب بالكل من جهة الاصيل ويطالب بالكل ايضا من جهة الكفيل **قوله** كما يصح الحوالة عن المحتال عليه اي يصح حوالة المحتال عليه بما احيل عليه على اخر **قوله** لان قضيته الاستواء اي لان حكم عقد الكفالة في هذه المسئلة الاستواء للاستواء في العلة وهي ضمان الكفالة وذلك لان الكل كفالة فلا يترجح البعض على البعض **قوله** وان شاء بالجميع على المكفول عنه عطف على قوله رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا **قوله** يأخذه على ما بينا اشارة الى قوله وبالكل عن الشريك **قوله** يأخذ به اي يأخذ رب المال الكفيل الذي لم يبرئه بجميع الدين **قوله** واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المتفاوضين يفترقان وعليهما دين قال لاصحاب الدين ان يأخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين فان ادى احدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالفضل الا ان هذا اللفظ لمحمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص واصله ان المفاوضة شركة عامة في كل مال وهي صحيحة عندنا تبتني على

ثلاثة

ثلاثة اشياء التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من اعمال التجارة والكفالة بما كان من ضمان التجارة والاستواء في جنس راس المال ابتداء وانتهاء فاذا كان انعقادها على الكفالة كان للغرماء ان يطلبوا بجميع الدين ايهما شاؤوا لان الكفالة ثبتت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا يبطل بالافتراق فاذا طلبوا احدهما واخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يزيد المؤدى على النصف لما بينا من الوجهين في المسئلة اول الباب **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل تكاتب عبدين له مكاتبة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه قال وكل شيء اداه احدهما فله ان يرجع بنصفه على صاحبه فان لم يؤد واحد منهما شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه وان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشيء الا ان هذا اللفظ اصل الجامع الصغير **قالوا** في شروح الجامع الصغير هذا العقد باطل قياسا لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل لان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع والكفالة انما تصح بدين صحيح وبدل الكتابة ليس بدين فلا يصح الكفالة به جايز **استحسانا** لانه يمكن تجويز هذا العقد بان يجعل كل البدل على احدهما والاخر تبعا له في العتق بان يكون كل واحد منهما اصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل كالولد المولود في الكتابة حيث يكون مكاتبا تبعا لامه فلما احتمل هذا العقد الصحة وجعل كل واحد منهما كان المال عليه وكان مؤاخذا بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا ادى احدهما شيئا يقع جميع البدل فيقع عن صاحبه نصف ذلك للاستواء بينهما في العلة وهي ان كل البدل مضمون على احدهما بعقد الكتابة ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فان اعتق المولى احدهما صح لانه يملكه وسقط نصف بدل الكتابة لان البدل في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فاذا ثبت عتق احدهما استغنى عن بدل

صح ٤

رقبته ثم للمولى ان يأخذ ايهما شاء بالنصف الباقي المعتق بحكم الكفالة والاخر بحكم
الاصالة فان اخذه من المعتق رجع على صاحبه لانه ادى عنه بحكم الامر وان اخذه من
غير المعتق لم يرجع على صاحبه لانه دين نفسه بحكم الاصالة هذا حاصل ما قالوا **ولنا**
فيه نظر لان مطالبة المولى المعتق بالنصف الباقي بحكم الكفالة والكفالة ببدل
الكتابة لا يجوز وانما جوزنا الكفالة احتيالا لتصحيح الضمان بان تجعل كان كل البدل
على كل واحد منهما بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا سقط النصف بالعتق سقط مطالبته
بالاصالة وبقي المطالبة بالكفالة وهي باطلة فينبغي ان لا يطالب المعتق اصلا **قال الفقيه**
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ونحو هذه المسائل على ثلاثة اوجه في وجه يكون الاداء
عن نفسه ما لم يزد على النصف وفي وجه يكون عنهما جميعا وفي وجه يكون عن الذي
ادى الا ان يقول اديت عن صاحبي **فاما** الوجه الذي يكون الاداء عن نفسه ما لم
يزد على النصف فهو ما ذكرنا اذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
واما الوجه الذي يكون الاداء عنهما جميعا فالمكاتبان اذا كاتبهما كتابة واحدة
والكفيلان اذا كان الدين على غيرهما وهما كفيلان وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فايهما ادى شيئا فله ان يرجع بنصفه على صاحبه لانهما في الكفالة سواء فوجب ان يكون
الضمان عليهما **واما** الوجه الذي يكون الاداء عن نفسه ما لم يقل اديته عن صاحبي فهو
الدين على رجلين واحدهما كفيل عن صاحبه وصاحبه لا يكون كفيلا عنه فاذا ادى
الكفيل يكون الاداء عن نفسه الا ان يقول اديت عن صاحبي لان الحق عليه والبيان
اليه وبيانه لا يؤدي الى التناقض ولا الى تغير الشرط والاصل ان من كانت عليه ديون
فانه يؤدي بقدر ما عليه فان ادى شيئا فهو عن قدر ما عليه الا ما يؤدي الى التناقض او الى
تغير الشرط **فاما** الذي يؤدي الى التناقض فهو الدين على رجلين وكل واحد منهما
كفيل عن صاحبه **واما** الذي يؤدي الى تغير الشرط فهو المكاتبان وكتابتهما واحدة
فادى احدهما شيئا يكون عنهما جميعا ولا يجوز ان يجعل عن احدهما لانه لو جاز
يؤدي ذلك الى تغير الشرط لانه يعتق اذا كان الاداء عنه خاصة وكان شرط الكتابة
ان لا

ان لا يعتق احدهما دون الاخر ما لم يؤد جميع الكتابة **قوله** كتابة واحدة بان
قال كاتبتكما على الف الى سنة وانما قيد بالكتابة الواحدة لان المولى اذا كاتب
كل واحد منهما على حدة وكفل احدهما عن الاخر لا يصح ذلك قياسا واستحسانا والله اعلم

باب كفالة العبد وعنه

اي كفالته عن الاخر وكفالة الاخر عن العبد وانما اخر هذا الباب لان الاحرار
مقدمة على العبيد لشرف الولايات فيهم دون العبيد قال الله تعالى ضرب الله مثلا
عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ولان الاصل في بني ادم هو الحرية والرق عارض
فلما كان كذلك وجب ان نقدم ما يتعلق بالاحرار على ما يتعلق بالعبيد **قوله**
ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا مؤجلا فهو حال
وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد الذي يستهلك
المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال فلا يؤخذ به
حالا قال فخر الاسلام اراد به اقراره بالاستهلاك لانه قد يطالب عليه **فاما** اذا
استهلكه عيانا فانه يؤخذ به في الحال الا في المودع المحجور اذا استهلكها انه لا يضمنها
حتى يعتق عند ابي حنيفة ايضا فهذا كله نوع واحد في الحكم وجوابه ان الكفيل يؤخذ
به حالا وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير صورة المسئلة اذا اقر
العبد باستهلاك مال وكذبه المولى وكان محجورا او اودع عند انسان فاستهلك الوديعة
فانه لا يؤخذ به حتى يعتق في قول ابي حنيفة ومحمد ولو اقرضه انسان او باعه وهو
محجورا او وطئ امراة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤاخذ بالمهر حتى يعتق فان كفل
انسان به ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال **اما** صحة الكفالة فلان المال مضمون
على الاصيل وانما لم يطالب الاصيل في الحال لعسرته لان العبد وما في يده لمولاه ولم
يظهر ما وجب على العبد لصحة سببه في حق المولى لان المولى لم يرض والكفيل
ليس بمعسر فيطالب حالا لان المانع عن مطالبة العبد وهو العسرة لم يوجد في حق
الكفيل فصار بمنزلة الكفالة عن الغائب حيث يصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان

عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وبمنزلة الكفالة عن مفلس فلسه القاضي
حيث يصح الكفالة ويؤخذ به الكفيل حالاً لعدم عسار الكفيل بخلاف
ما اذا كفل بدين مؤجل فان الكفيل لا يطالب قبل حلول الاجل لان الدين ثمة اخر عن
الاصيل بمؤجل وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلك مؤجلا وما نحن فيه ليس
كذلك لان الدين على الاصيل وهو العبد حال ليس بمؤجل ولكنه لم يطالب في الحال
قبل العتق لحق المولى ثم اذا ادى الكفيل عن العبد لا يطالبه قبل العتق لان
المكفول له ما كان يطالبه قبل العتق فكذا الكفيل لانه قائم مقامه في المطالبة و
اورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في هذا المقام سوالا وجوابا فقال
فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لا تجعل هذا بمنزلة دين مؤجل
ولو كفل رجل بدين لا تجب على الكفيل الا بعد الاجل **قيل له** الدين اذا كان مؤجلا
كان الاجل للدين فاذا كفل بذلك الدين تجب عليه بذلك الاجل **واما**
ههنا فالاجل ليس للدين ولكن الطالب عجز عن قبضه منه لحق المولى فصار كعجزه
عن قبضه لعسارة فان الكفيل يؤخذ في الحال فكذلك ههنا **قوله** لا تجب هذه الجملة
وقعت صفة للنكرة وهي قوله مالا غير واجب اداؤه على العبد قبل العتق **قوله**
ولم يرض بتعلقه به اي لم يرض المولى بتعلق المال الذي استهلكه العبد بما في
يده من الكسب **قوله** او نفلس بتشديد اللام المفتوحة **قوله** قال ومن ادعى على
عبده مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل وصورة المسئلة في
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يدعي على المملوك دينا
فيكفل له رجل بنفس المملوك فيموت المملوك قال يبرا الرجل من كفالته
وان ادعى الرجل رقبة المملوك فكفل رجل به فمات المملوك فاقام المدعي البينة انه
له فالكفيل ضامن لقيمة المملوك الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان في الفصل
الاول كفل عن العبد تسليم نفسه فسقط التسليم عن الاصيل بموته فيسقط عن
الكفيل ايضا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل وفي الفصل الثاني كفل عن
المدعى عليه

المدعى عليه بتسليم رقبة العبد فاذا مات العبد واقام المدعي البينة بعد ذلك
غرم المدعى عليه قيمة العبد وغرمها الكفيل ايضا لان الكفالة تحمل الضمان عن الغير
فاذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل ايضا لانه التزم المطالبة
بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فينتقل في حق الكفيل
ايضا وفي المسئلة الاولى لم تجب الضمان على المولى فلا تجب على الكفيل ايضا قال
الفقيه ابو الليث وهذا اذا كفل بنفس العبد لو كفل بالدين الذي عليه في الفصل
الاول يجب الضمان على الكفيل وان مات بمنزلة من كفل عن حر فمات الحر مفلسا لا يبرا
الكفيل من كفالته في قولهم جميعا وليس بمنزلة من كفل بعد موته وقد ذكر عن ابي
حنيفة انه قال لا تجوز الكفالة اذا لم يكن للميت تركة **واما** في هذه المسئلة
فقد صحت الكفالة في حال حياته فلا تبطل بموته **قوله** فان ادعى رقبة العبد
اي ادعى على ذي اليد **قوله** فاقام المدعي البينة انه كان له وانما قيد بالبينة احترازا
عما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او نكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد
الميت على المدعى عليه ولا يلزم ذلك على الكفيل الا اذا اقر الكفيل بما اقر الاصيل
لان الاقرار حجة قاصرة لا متعدية **قوله** واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق
فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه
وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
عبد لرجل كفل عن مولاه بمال بامره ثم اعتق العبد فادى المال قال لا يرجع
على المولى بشيء وكذلك ان كان العبد هو الذي عليه المال فكفل عنه المولى بامره ثم
اعتق العبد فادى المولى لم يرجع على العبد بشيء الى هنا لفظ الجامع الصغير
قالوا في شروح الجامع الصغير وقال زفر يرجع كل واحد منهما وقال صاحب الهداية
ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين وفي بعض نسخ الهداية ان
يكون بلا حرف النفي واولى النسختين هي الاصح لانه اذا لم يكن عليه دين
كان الحق لمولاه في ماليته وله ان يرهنه بالدين او يقر بالدين فكذا اذا ادى له ان

يكفل عنه وجه قول زفر ان الموجب للرجوع وقد تحقق وهو الكفالة بامره الا انه
امتنع لمانع الرق لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وقد زال المانع وهو الرق
بالعتق فيرجع **ولنا** ان الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا
يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب
على عبده دينا بحال فاذا انعقدت غير موجبة للرجوع فلا تصير بعد ذلك موجبة
للرجوع ابدا كمن كفل عن انسان بغير امره فادى عنه حيث لا يرجع بشيء قلنا هذا
قوله اما الكفالة عن العبد تصح على كل حال اي كفالة المولى عن العبد تصح مطلقا
سواء كانت الكفالة بالنفس او بالمال او كان على العبد دين او لم يكن قال اصحابنا
كل من لا يصح تبرعه لا يصح كفالته لان الكفالة عقد تبرع تصح ممن تصح تبرعه
فعلى هذا لا يصح كفالة الصبي المحجور كما لا تصح قرضه فاما كفالة العبد المحجور عليه
فانه لا يطالب بحكمها في الحال ويطالب بذلك بعد العتق فاما اذا اذن له مولاه
صحت الكفالة ويبيعت رقبته في الدين لان المولى ملك ان يعلق الدين برقبة
عبده ويكون كفالة المريض من الثلث كما ان تبرعه من الثلث والمكاتب لا تصح
كفالته كما لا تصح تبرعه كذا في شرح الاقطع **قوله** ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة
حر تكفل به او عبد وهذه من مسائل القدوري وانما لم تجز الكفالة ببدل الكتابة لان
القياس ان لا تجوز الكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وهذا معنى قوله
لانه ثبت مع المنافي الا ان عقد الكتابة جوز استحسانا لقوله تعالى فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا فلا يظهر اثر الجواز الذي ثبت مع المنافي في حق صحة الكفالة
فلا تصح الكفالة بمال الكتابة ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح والمراد بالدين
الصحيح ان لا يسقط الا بالاداء او الابراء وبدل الكتابة قد يسقط بدونهما بتعجيز
النفس فلا يكون دينا صحيحا فلا يصح الكفالة به **قوله** ولا يمكن اثباته على هذا
الوجه اي اثبات عقد الكتابة مع سقوط بدل الكتابة بتعجيز النفس ولا يمكن
اثبات عقد الكتابة ايضا في حق الكفيل مطلقا لانه حينئذ يكون ما على الكفيل

توقف

توقف ما على الاصيل فلا تجوز ذلك لانه التزم ما على الاصيل لا غيره لكن وهذا
معنى قوله ومن شرطه الاتحاد اي من شرط عقد الكفالة الاتحاد بين الكفيل
والاصيل في الضمان **قوله** وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة يعني
كما ان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز فكذلك لا تجوز الكفالة ببدل السعاية
لان المستسعى كالمكاتب عنده في عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين والحدود و
غيرها لكن على اعتبار النكتة الاولى وهي قوله لانه ثبت مع المنافي لا يجوز لا
على اعتبار النكتة الثانية لان المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس
والله اعلم بالصواب

كتاب الحوالة

مناسبة
الحوالة بالكفالة من حيث ان كل واحد منهما التزام بما على الاصيل ولهذا جازت
استعارة كل واحد منهما للاخرى حتى كانت الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة و
الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة اعتبارا للمعنى ولهذا قال محمد في الجامع الكبير
والاصل كتاب الحوالة والكفالة فجمعهما في كتاب واحد وانما اخر الحوالة في الهداية
كما هو في المختصر لان الحوالة مبرئة عندنا والكفالة غير مبرئة والاصل عدم
البراءة بعد ثبوت المطالبة ثم الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل وموجبها تحول
الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه ويحتاج هنا الى معرفة اربعة اشيا
المحيل وهو الذي عليه الدين والمحتال له وهو الداين والمحتال عليه وهو الذي قبل
الحوالة والمحتال به وهو المال ثم اختلف المشايخ المتاخرون ان الحوالة
توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين قال
بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين وقال بعضهم عن المطالبة والدين
جميعا وانما اختلفوا لان محمدا ذكر مسائل تدل على القولين جميعا اما من قال
انها توجب البراءة عن المطالبة دون الدين يقول بان المحتال له متى ابرا المحتال عليه
عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل بشيء وان كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب
الدين من المحتال عليه رجع اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الجواب في الكفيل وكذا لو ورث المحتال

عليه لا يرتد برده ولو وهب يرتد برده كالجواب في الكفيل ولو كان المتحول الى المحتال عليه
المطالبة والدين جميعا كان الابراء والهبة في حقه سواء فيرتد برده كما في حق الاصيل
الجامع بينهما ان الهبة والابراء جميعا تكون تمليكا من وجه لا اسقاطا محضا والدليل
عليه لو قضى الطالب الدين بنفسه اجبر على القبول ولم يجعل متبرعا ولو برئ عن المطالبة
والدين كان متبرعا ومنها انه لو وكل المحتال له المحيل بقبض ما على المحتال عليه لا يصح
ولو لم يكن الدين عليه صح واما من قال يوجب البراءة عن المطالبة والدين جميعا يقول
انا اجمعنا ان المحتال له لو ابرا المحتال عليه عن دين الحوالة او وهب منه صح ولو
لو ابرا المحيل او وهب منه لم يصح ولو بقي الدين على المحيل صح فالحاصل ان الحوالة ابرا لفظا
لكونها نقلا مطلقا تاجيل معنى لانه اذا توي ما في ذمة المحتال عليه عاد الدين الى ذمة المحيل
وهذا هو معنى التاجيل فوجب ان يبرا عن المطالبة دون الدين والعمل بحقيقة اللفظ
والمعنى متعذر في كل حكم لتنافي بينهما فاعتبر محمد رحمه الله الحقيقة في بعض الاحكام
فجعلها ابراء واعتبر المعنى في بعض الاحكام فجعلها تاجيلا ليكون عملا بهما بقدر الامكان
كذا ذكر الشيخ ابو المعين وغيره في شروح الجامع الكبير **قوله** وهي جايزة بالديون
اي قال القدوري في مختصره الحوالة جايزة بالديون وذلك لان الحوالة ماخوذة
من التحويل وتحويل الدين من ذمة الى ذمة ممكن **فاما** الاعيان فالحق المتعلق بها التسليم
وذلك لا يمكن تحويله الى غيره فلهذا لم تصح الحوالة فيها وصحت هكذا قال الشيخ ابو نصر
البغدادي في شرحه وتحقيقه ان الدين يثبت بالوصف كما اذا قال الفلان علي الف
فجاز ان يقبل النقل بالوصف ايضا ولا يقال الدين وصف ثابت في الذمة وهو
عرض فكيف يقبل النقل لانا نقول الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر لان الشرع حكم
ببقائها بعد المباشرة ولان العين لا يثبت في الذمة فلا يتاتى نقلها من ذمة الى ذمة فلم
يصح الحوالة في العين والدليل على جواز الحوالة قوله عليه السلام من احيل على ملي فليتبع
روى ابو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن
ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع
وقال

(الديون ع)

وقال ابو عيسى الترمذي في جامعه بعد ان روى هذا الحديث باسناده الى ابي هريرة
عن النبي صلى الله عليه حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه انه اذا احيل احدكم
على ملي فليحتل الا هنا لفظه ولانه قادر على ايفاء ما التزم فجاز كالكفالة وهذا لان كل
واحد من الكفالة والحوالة التزام بما على الاصيل **قوله** قال وتصح برضا المحيل والمحتال
عليه اي قال القدوري في مختصره وتصح الحوالة برضا هولاء الثلثة **اما** رضا المحتال له
فلان الدين حقه وبالحوالة ينتقل الدين او المطالبة الى ذمة اخرى على اختلاف
المشايخ والذمم متفاوتة في المطالبة فلا بد من رضا من له الحق وهو المحتال له فلم يصح
الحوالة الا برضاه ولهذا المعنى اعتبر رضا المحيل ايضا ولم يشترط في الزيادات
رضا المحيل لانه لا ضرر عليه بل له نفع لان المحتال عليه اذا ادى الدين لا يرجع على المحيل اذا لم
يكن الحوالة بامر المحيل وكان نفعا محضا **واما** رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال
الشافعي ان كان على المحتال عليه دين فرضاه ليس بشرط واختاره الجرجاني من اصحابنا
كذا في مختصر الاسرار وذلك لان بالحوالة ينتقل الدين او المطالبة بالدين الى ذمة
المحتال عليه فلم تجز الحوالة بدون الرضا كما لو لم يكن عليه دين ولانه نوع ضمان
فلا يصح الا برضا الضامن كما في الكفالة ولا يقال صاحب الحق يستوفي حقه بنفسه وبغيره
كما يستوفيه بوكيله فكذا هنا له ان يستوفيه بالمحتال له ولانا نقول موجب المطالبة
التي اقتضاها المداينة لا يتغير في الاصل لان من عليه الدين انشاء سلم الى الوكيل وان
شاء سلم الى الموكل وفي الفرع يتغير لان الدين ينتقل من ذمة الى ذمة وتنتقل الملك
الدين الى المحتال له وتكون المطالبة له خاصة وقد يكون المحتال له اصعب من المحيل
المطالبة فيستضر به المديون فلذلك لم تجز الحوالة بلا رضا المحتال عليه **قوله**
واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات وفايدة شرط رضاه تظهر
في الرجوع على المحيل اذا كانت الحوالة بامر المحيل اذا لم يكن له على المحتال عليه دين فاذا
كان له عليه دين لا يرجع المحتال عليه بما ادى بل يتقاضان **قوله** وهو لا يتضرر به
اي المحيل لا يتضرر بتصرف المحتال عليه في حق نفسه **قوله** واذا تمت الحوالة برئ

المحيل من الدين بالقبول اي قال القدوري في مختصره **اعلم** ان الحوالة اذا تمت بقبول
المحتال له والمحتال عليه برئ المحيل ولا يرجع الطالب بالدين عليه ابدا الا بالتوى وقال
زفر والقاسم ابن معن لا يوجب الحوالة براءة الاصيل ذكر قول القسم هكذا فخر الاسلام في شرح
الزيادات في جملة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي ان الحوالة مبراية والكفالة غير
مبرية والطالب بالخيار ان شاء طلب حقه من الاصيل وان شاء من الكفيل الا ان تكون الكفالة
بشرط براءة الاصيل فيكون حوالة وعند زفر الحوالة والكفالة سواء وكل واحد منهما غير
مبرية للاصيل لان كل واحد منهما تحمل الضمان عن الغير فانما يصح التحمل اذا كان الاصيل
ضمينا وقال مالك الكفالة والحوالة سواء وكلاهما مبرية للاصيل وللطالب ان ياخذ حقه
من الضمين خاصة لان الحق واحد وان لم نجعل الاصيل بريا صار حقين الا ان علمائنا فرقوا
بين الحوالة والكفالة فقالوا الحوالة مبرية لانها مشتقة من التحويل والحق متى تحول
من ذمة الى ذمة بقيت ذمة الاول فارغة لانك اذا حولت الشيء من موضع الى موضع بقي
مكان الاول فارغا لا محالة والكفالة غير مبرية لانها مشتقة من الكفل وهو ضم الشيء الى
الشيء وضم الشيء الى الشيء لا يوجب فراغ الاول الا ان يكون بشرط براءة الاصيل
فتصير حوالة لانها في معنى الحوالة الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي
قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية يعني ان العمل بمعاني
اللغات واجب في الاحكام الشرعية فلما كان كذلك قلنا ان الكفالة هي الضم لغة
وهو لا يقتضي البراءة والحوالة النقل وهو يقتضي البراءة **قوله** والتوثق باختيار
الاملى والاحسن في القضاء جواب عن قول زفر ان الحوالة ليست مبرية لانها
للتوثق كالكفالة فقال انما التوثق لاختيار الاملى والاحسن في القضاء حتى لا يماطل
في قضاء الدين ويؤديه اجود وارجح مما كان وهذا لا يدل على ان الحوالة ليست مبرية
قوله وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل ومعنى الجبر ان ينزل منزلة القابض بالتخلية
بين المحتال له والمنقود وهذا جواب سؤال بان يقال لا نسلم ان المحيل يبرأ بالحوالة
فلو برئ لم يجبر المحتال على القبول اذا نقد المحيل لانه حينئذ يكون متبرعا في
قضاء

قضاء الدين والمتبرع لو قضى دين غيره لا يجبر الدائن على القبول فاجاب وقال
انما يجبر لان الدين يحتمل العود اليه بالتوى لانه انما ينتقل الى ذمة اخرى بشرط
السلامة فاذا توى يرجع فلم يكن المحيل متبرعا في القضاء **قوله** ولم يرجع المحتال
على المحيل الا ان يتوى حقه عطفت على قوله برئ المحيل في قوله واذا تمت الحوالة
برئ المحيل من الدين وقال في شرح الاقطع قال الشافعي لا يرجع المحتال بدينه عند التوى
فان احاله عليه بشرط الملاءة فبان انه غير ملي ففيه وجهان الصحيح ان يرجع وقال
في مختصر الاسرار اذا مات المحتال عليه مفلسا رجع المحتال له عليه بالدين وقال لا يرجع
وهو قول الشافعي واما اذا جحد وحلف ففيه روايتان يعني عن الشافعي وقد ذكر خلافهما
كما ترى ولم يذكره في سائر الكتب بل ذكروا قولهما كقول ابي حنيفة ولهذا قال علاء الدين
العالم وغيره في طريقة الخلاف وغيرها قال علماؤنا رضي الله عنهم المحتال عليه اذا مات
مفلسا يثبت للمحتال له ولاية مطالبة المحيل بقضاء دينه وقال الشافعي لا يثبت وعلى هذا
الخلاف اذا جحد المحتال عليه الحوالة وحلف ولم يكن للمحتال البينة وانما اخترنا الكلام في
هذا الحكم لاختلاف عبارات المشايخ في عود الدين والاعادة الى ذمة المحيل قال بعضهم
يفسخ الحوالة ويعاد الدين كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا وقال بعضهم ينفسخ الحوالة
ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقال بعضهم في الموت عن افلاس ينفسخ ويعود
وفي الجحود ينفسخ ويعاد فاخترنا الكلام في ولاية مطالبة المحيل بقضاء الدين لانه
الحاصل من الخلاف الى هنا لفظ العالم في طريقة الخلاف وجه قول الشافعي ان البراءة
حصلت مطلقة عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى من غير عوض فلا يعود الى ذمة
المحيل بالتوى لان الغرض من الحوالة في جانب المحيل فراغ ذمته عن شغل الدين فاذا حصل
فراغ ذمته بالنقل الى ذمة اخرى لا يعود الى الذمة الاولى الا بسبب جديد بخلاف
ما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل
بعوض فاذا لم يسلم له العوض يعود **ولنا** ما روى اصحابنا في كتبهم كالاسرار
وغيره عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه انه قال اذا توي المال على المحال عليه عاد الدين

على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح مثل ذلك ولم يعرف
مخالف فحل محل الاجماع ولان البراءة بطريق الانتقال ليحصل الاستيفاء لا بطريق
الاسقاط وهذا لان المقصود من الحوالة التوصل الى الاستيفاء لا مجرد النقل من ذمة
الى ذمة لان الذمم لا تتفاوت في حق نفس الوجوب فان الوجوب كان ثابتا في ذمة
المحيل وانما يفترق الذمم في حق الاداء فربما يكون الذمة الثانية اسرع الى الاداء
فلما كان المقصود التوصل الى الاستيفاء وفات ذلك ثبت للمحتال ولاية مطالبة
المحيل بقضاء دينه بعود الدين اما بالاعادة من غير تعيين الطريق قياسا على المشتري
اذا وجد بالمبيع عيبا او مات المبيع قبل القبض فلو لم يثبت له حق مطالبة المحيل بقضاء
الدين لفات حقه بلا رضاه لانه ما رضي بتحول الحوالة الا لهذا الغرض فاذا فات
هذا الغرض ولم يثبت له حق مطالبة المحيل بقضاء الدين اما بفسخ الحوالة او بالانفساخ
يؤدي الى الاضرار به او تفويت عصمة حقه فلا يجوز ذلك قالوا معنى يسقط به
المطالبة بالدين وبدل له عن مال متلف فوجب ان لا يعود بالتعذر كالابراء
قلنا لا نسلم ان القياس صحيح لان في الاصل اسقط حقه من غير عوض فاذا تم
الاسقاط لم يعد الدين وفي الفرع اسقط حقه بعوض ابتغاه فاذا لم يسلم العوض
رجع في الدين وينتقض ما قالوا بما لو استاجر منه دارا بدينه ثم هلكت الدار وبما لو
صالح اجنبيا على مال فان المطالبة يسقط بالدين وبدل له ثم لو استحق المصالح عليه
من يد المدعي رجع بالدعوى والمعنى في الاصل انه براءة اسقاط لا براءة نقل بخلاف
الفرع فافترقا قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا فيما نحن فيه
قلنا لا نسلم بل يثبت له الرجوع الا انه سقطت المطالبة به ولهذا كلما ظهر
لاحدهما مال اخذه كما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين يبطل الكفالة ثم لا
يدل على ان المطالبة لا يثبت حال حياة المكفول عنه قالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض
لانه لو لم يكن كالمقبوض لادى الى الافتراق عن دين بدين ولانه يجوز الحوالة برأس
مال الصرف والسلم ولولا انه كالمقبوض لم يجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون
المحتال

المحتال له اسوة للغرماء فاذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض اذ لو كان
كالمقبوض لجاز للمحتال له ان يشتري به شيئا من غير المحتال عليه كما يجوز ان
يشتري من المحتال عليه فلما لم يجز دل على انه ليس كالمقبوض وقولهم لو لم يكن كالمقبوض
صار دينا بدين لا يصح لانه انما يؤدي الى ما قالوا اذا كان القصد منه المعاوضة فاما
اذا لم يكن القصد المعاوضة لا يؤدي اليه كالقرض فاما الصرف والسلم فحجة
لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز ان يتفرقا عن المجلس فانه لو احال ببدل الصرف او برأس
مال السلم فافترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا
بعد القبض ولا يفسد العقد حينئذ فاما اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على
المحتال عليه فان المحتال له لا يصير اسوة للغرماء فلا نسلم ذلك الا ترى الى ما قال في
الجامع الكبير ولو ان المحتال اخر المحيل سنة ثم مات المحيل وعليه دين اخر سوى
دين المحتال يقسم دينه على المحيل بين المحتال وبين الغرماء بالحصص لان هذا
مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا
يصح لكن تعلق به حق المحتال ولهذا لا يصير المحتال اخص به ما لم يثبت اليد بدليل
ان العبد المأذون اذا كان عليه دين تعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه
لو وجب بعد ذلك دين اخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص والباقي يعرف
في طريقة الخلاف قوله مقيدة بسلامة حقه يعني ان البراءة وان كانت مطلقة
لفظا مقيدة معنى بدلالة العادة بسلامة الحق قوله اذ هو المقصود اي وصول
الحق الى المحتال قوله لانه قابل للفسخ اي لان عقد الحوالة قابل للفسخ لانهما لو تفا
سخا عقد الحوالة ينفسخ ولو لم يكن قابلا للفسخ لما انفسخ قوله فصار كوصف
السلامة في المبيع يعني ان المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا رجع بنقصان العيب
وان لم يشترط الرجوع في البيع لان سلامة المبيع مقصود مستحق بالبيع فلما
فات رجع فكذلك هنا لما حصل التوى فات المقصود وهو سلامة الحق فرجع بالدين
على المحيل قوله قال والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة

وتحلف ولا بينة له او يموت مفلسا اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وتلا
مذاهب ووجه الثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته قال الامام
الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي التوى عند ابي حنيفة على وجهين احدهما
ان يموت المحتال عليه مفلسا ولا يترك مالا معينا ولا دينا ولا كفيلا على المحتال عليه
للمحتال له **والثاني** ان يجحد المحتال عليه الحوالة ولم يكن للمحتال له ولا للمحيل بينة
وحلف المحتال عليه فقد توي وعاد المال الى المحيل ولا يكون التوى عند ابي حنيفة غير هذا
الوجهين وعندهما التوى على ثلاثة اوجه وجهان ما ذكرنا ووجه **الثالث**
وهو ان يحكم الحاكم عليه بالافلاس كذا في شرح الطحاوي اما اذا جحد المال وحلف
لانه لا يقدر على مطالبته بعد اليمين لعدم البينة فقد توي الحق وكذا اذا مات مفلسا
لانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق ولا تركة فسقط الحق عن المحتال عليه فثبت للمحتال
له الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط
فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع **واما** تفليس القاضي بالشهود حال حيوة المحتال
عليه فذلك على ان تفليس القاضي هل يصح ام لا فابو حنيفة لا يرى ذلك وهما يريان
لانه عجز عن استيفاء حقه قضاء كموت المحتال عليه ولابي حنيفة انه عجز يتوهم ارتفاعه
بحدوث المال لان المال غاد ورائح فلا يعود على المحيل كما قبل التفليس بخلاف الموت
فانه عجز لا يتوهم ارتفاعه قال في الفتاوى الصغرى المحتال عليه اذا جحد وحلف على ذلك
ولا بينة للمحتال يرجع على الاصيل في ظاهر الرواية وروى محمد عن ابي حنيفة في غير رواية
الاصول انه لا يرجع ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في الحوالة يقال توي الشيء
يتوى توى اذا تلف مقصور غير مهموز وهو تو وتاو وكذا في الجمهرة **قوله** اما
ان يجحد اي المحتال عليه **قوله** ولا بينة له اي لمدعي الحوالة وهو المحتال له او المحيل
قوله بافلاسه افلس الرجل افلاسا اذا قل ماله وهو مفلس وهي كلمة عربية كذا في
الجمهرة وقال في المجمل افلس الرجل اذا صار ذا فلوس بعد ان كان ذا دراهم وقال في
تهذيب الديوان فلس القاضي فلانا اذا نادى انه افلس **قوله** لان مال الله غاد ورائح
يعني

يعني يذهب ويجيء وتختلف حال المرء فيه في الصباح والمساء من الفقر الى الغنى وبالعكس
فلما كان حكم المال كذلك لم يعتبر ابو حنيفة قضاء القاضي بالافلاس فلم يثبت
التوى به **قوله** واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت
بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين وهذه من مسائل القدوري والضمير في
قوله وعليه راجع الى المحيل اي اذا اراد المحتال عليه بعد قضائه الدين الى المحتال له ان يرجع
بالذي ادى على المحيل فقال المحيل ليس لك ان ترجع علي لاني كنت احلت عليك بديني
عليك فقال المحتال عليه بل لي ان ارجع عليك لا يقبل قول المحيل والقول قول المحتال عليه
نص عليه في كتاب الكفالة وذلك لان سبب الرجوع ثابت بيقين وهو قضاء الدين بالامر
فثبت الرجوع الا اذا اثبت المحيل الدين بالبينة فيبطل حق المحتال عليه في الرجوع **قوله**
واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني
بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل وهذه من مسائل القدوري واراد بالمحتال المحتال له
وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
احال رجلا بالف درهم على رجل ثم قال المحيل هو مالي وقال المحتال هو مالي قال القول
قول المحيل معناه ان المحيل قال للمحتال له لا شيء لي عليك فقد كنت وكيلي في قبض مالي وقال
المحتال له لا بل كان لي عليك الف درهم احلتني بها على غريمك لاقبض حقي فالقول قول
المحيل ويؤمر المحتال له برد الالف الى المحيل لان ما قبضه المحتال له من المحتال عليه مال
المحيل ومجرد الاحالة لا يكون اعترافا من المحيل بالدين للمحتال له لان الاحالة كما تستعمل في
نقل الدين او نقل المطالبة بالدين تستعمل في نقل التصرف من الموكل الى الوكيل
مجازا كما قال محمد في المضاربة اذا صار مال المضاربة دينا على الناس وليس فيها ربح و
امتنع المضارب عن التقاضي ويقال له احل رب المال على الغرماء اي وكله فلما صح
استعمال لفظ الحوالة في الوكالة لم يكن المحيل معترفا بالدين بمجرد الحوالة فكان القول
قوله مع اليمين لانه ينكر الدين **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه
اخر فهو جائز وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي

حنيفة رضي الله عنه في رجل بها عليه آخر فهو جائزة هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اودع رجلا الف درهم ولرجل على
المودع الف درهم فاحال المودع الذي له الالف بالفه على المستودع بالالف التي
عنده قال جائز وهو ضامن فان هلكت الوديعة عنده بري من الحوالة وذلك لان الحوالة
اذا اطلقت جازت فاذا قيدت بالوديعة جازت بالطريق الاولى لان التقييد بالوديعة
ايسر على الاداء فان هلكت الوديعة بطلت الحوالة وبرئ المودع من الضمان لانه التزم
الضمان من مال بعينه لا من مال مطلق فاذا هلك ذلك المال بطل الضمان لان الحق كان متعلقا
بذلك المال كالزكاة **يسقط** بهلاك النصاب فان الحق كان متعلقا به فبطل بهلاكه
وجملة القول هنا ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي بقوله الحوالة على ضربين
حوالة مقيدة وحوالة مطلقة فالمقيدة ان يقيدها بما عليه من الدين والمطلقة ان
لا يقيدها والحوالة جائزة في هذا كله ويبرا المحيل من دين المحتال له وليس له بعد الحوالة
على المحيل سبيل الا ان يتوى على المحتال عليه فاذا توي عليه بطلت الحوالة وعاد الدين
على المحيل كما كان في الاصل عندنا وعند الشافعي التوى على المحتال له ولا يعود الدين
على المحيل وقد مر بيان ذلك قال والفرق بين الحوالة المقيدة وبين الحوالة المطلقة
ان الحوالة اذا كانت مقيدة انقطعت مطالبة المحيل نحو ان يكون عليه ثمن مبيع
فاستحق المبيع فتبين براءته من الدين وبطلت الحوالة وان سقط عنه الدين بمعنى
عارض ولم يتبين براءته من الاصل فلا تبطل الحوالة وهو ان يهلك المبيع بعد الحوالة
عند البائع قبل التسليم سقط الثمن عنه ولا يبطل الحوالة ولكن اذا ادى المحتال عليه
قبل سقوط الدين يرجع بما ادى على المحيل لانه قضى دينه بامره وكذلك لو قيد
الحوالة بالف وديعة عند رجل فهلكت الالف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت
الالف على المحتال عليه مضمونة فلا يبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلها
ويبطل الحوالة بالاستحقاق ولو كانت الحوالة مطلقة لا ينقطع مطالبة المحيل عن
المحتال عليه الا ان يؤديه فاذا ادى سقط ما عليه قصاصا ولو تبين براءة المحتال
عليه

عليه من دين المحيل لم يبطل الحوالة وكذلك لو استحق مال المحيل الذي عند المحتال عليه
لم يبطل الحوالة بخلاف المقيدة لو مات المحيل قبل ان يؤدي المحتال عليه الى المحتال
له وعلى المحيل ديون سوى دين المحتال له وليس له مال سوى هذا الدين والحوالة كانت
مقيدة فالمحتال له لا يكون احق بذلك من سائر الغرماء عندنا وعند زفر هو احق
من سائر الغرماء كالرهن اذ المرتهن احق به من سائر الغرماء بالاتفاق وعلماؤنا فرقوا
بين الرهن وبين الحوالة المقيدة والفرق بينهما ان المرتهن احق بغنم الرهن
من سائر الغرماء الا ترى انه لو هلك الرهن سقط دين المرتهن خاصة فلما كان المرتهن
احق بغرمه كان احق بغنمه **واما** في الحوالة المقيدة فليس المحتال له احق بغرم ذلك
المال الا ترى انه لو توي لم يسقط دينه عن المحيل وان التوى على المحيل دونه فلما لم
يكن احق بغرمه لم يكن احق بغنمه من سائر الغرماء بل يكون ذلك المال بين غرماء المحيل بالسوية **قوله**
بري لتقييدها بها اي برئ المحتال عليه وهو المودع لتقييد الحوالة بالحوالة **قوله**
بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب يعني لا يبرا المحتال عليه وهو الغاصب اذا كانت
الحوالة مقيدة بالمغصوب فهلك المغصوب لان عين المغصوب فاتت ولكن خلفه
وهو المثل والقيمة باق فيكون الفوات كلا فوات فلا يسقط الحوالة **قوله** وقد تكون
الحوالة مقيدة بالدين ايضا يعني ان الحوالة المقيدة كما تكون بالعين كالوديعة والغصب
تكون مقيدة بالدين ايضا مثل ثمن المبيع **قوله** وحكم المقيدة في هذه الجملة ان
لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه يعني ان حكم الحوالة المقيدة بالعين او بالدين
ان المحيل لا يملك مطالبة المحتال عليه بذلك حتى اذا دفع المحتال عليه ذلك الى المحيل
ضمن وذلك لتعلق حق المحتال له كالرهن لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة
الرهن قبل اداء الدين **قوله** وان كانت اسوة للغرماء بعد موت المحيل هذا بيان
الفرق بين مال الحوالة وبين الرهن يعني ان المرتهن احق بالرهن من سائر الغرماء
وليس كذلك المحتال له فانه ليس باحق بمال الحوالة من سائر الغرماء بعد موت
المحيل بل يشاركونه بالحصص وان كان مال الحوالة والرهن سواء في عدم مطالبة

المحيل والراهن ووجه الفرق من قبل هذا **قوله** بخلاف المطلقة يتصل بقوله وحكم
المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه يعني اذا كانت الحوالة
مطلقة غير مقيدة بالعين او بالدين يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بحقه لانه لا
يبطل الحوالة حينئذ لان حق المحتال له تعلق بذمة المحتال عليه لا بذلك العين او الدين
للمحيل على المحتال عليه **قوله** لحقه اي لحق المحتال له بالشي الذي للمحيل على المحتال
عليه من الغصب او الدين او عند المحتال عليه من الوديعة **قوله** ما عليه اي على المحتال
عليه من الغصب او الدين **قوله** او عنده اي ياخذ ما عند المحتال عليه من الوديعة **قوله**
قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق اي قال
القدوري في مختصره وتفسير السفاتج ما ذكره القدوري وهي جمع سفتجة بضم السين وفتح
التاء تعريب سفته بمعنى المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره قال في الفتاوي
الصغرى السفتجة ان كان مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد
وان لم يكن مشروطا جاز وقال في الواقعات رجل اقرض رجلا مالا على ان يكتب له
بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب كان هذا جايزا وكذلك
لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك هنا فلا خير فيه وقال في كفاية
البيهقي وسفاتج التجار مكروهة لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الا ان يقرض مطلقا
ثم يكتب السفتجة فلا باس بها كذا روي عن ابن عباس والاصل فيه ان النبي صلى الله عليه
نهى عن قرض جر نفعا ولانه تمليك دراهم بدراهم فاذا شرطا ان يدفع في بلد اخر صار في
حكم التاجيل والتاجيل في الاعيان لا يصح وهذا هو القياس اذا لم يشترط الدفع في
بلد اخر الا انهم استحسنوا فقالوا لا يكره كذا في شرح الاقطع ثم قيل انما اورد القدوري
هذه المسئلة في هذا الباب لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة ونقل عن
الامام بدر الدين الكردري انه قال المناسب ذكرها في الحوالة لانه احال الخطر المتوقع
على المستقرض فيكون في معنى الحوالة والله اعلم **كتاب ادب القاضي** لما كان
وضع القضا لفصل الخصومات وتقييد الاحكام واكثر الخصومات يقع في البياعات
والديون

والديون وقد ذكرها بعدها كتاب القضا لمساس الحاجة الى القضا الادب الخصال
الحميدة سميت به لانها تدعو الى الخيرات والحسنات من الادب بسكون الدال وهو الدعا
قال طرفة نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الآدب فينا ينتقر **ا.** والادب فاعل من
ادب يادب ادبا اذا دعا ومنه ما ذكره ابو عبيد في حديث ابن مسعود انه قال
ان هذا القران مادبة الله فمن دخل فيه فهو امن والمادبة بالضم عبارة عن الصنيع الذي
يصنعه الانسان ويروى بفتح الدال الصانع في المصدر كالادب ومنه ما روي في
حديث ابن مسعود ان هذا القران مادبة الله فتعلموا من مادبته وكان الاحمر يجعلها
لغتين بمعنى واحد قال ابو عبيد لم اسمع احدا يقول هذا غيره والقضا يستعمل
في اشياء ويراد به في الشرع الالزام **قوله** لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى
شرايط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اي قال القدوري في مختصره وانما
شرط شرايط الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والعدالة في القضاء لان القضاء ولاية
كالشهادة بل القضاء ولاية عامة فلما اشترط في الشهادة من الصفات كان اشتراطها في
القضاء اولى وقال صاحب الهداية والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه
لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة يعني ان الفاسق لا ينبغي ان يسمع شهادته فلو قبلت
جازت فكذا القاضي الفاسق لا ينبغي ان يقلد ولو قلد صح قال الفقيه ابو الليث
في خزانة الفقه ويصلح للقضاء من اجتمع فيه ثمانية اشياء الموثوق في عقله و
دينه وعفافه وصلاحه وعلمه ومعرفته بالسنة والاثار والتاويل وسنن من
مضى قبله من القضاة ولا يصلح للقضا من لا يقبل شهادته مثل الاعمى والعبد و
المحدود في القذف **واما** المراة فتصلح للقضاء في الاموال دون الحدود والدماء
ولا يجوز قضا اهل الذمة على المسلمين الى هنا لفظ الخزانة وقال في خلاصة الفتاوي
واختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضا والاصح انه يصح التقليد ولا ينعزل
بالفسق ثم قال قال في المحيط يستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط في التقليد
انه متى جار ينعزل وعند الشافعي ينعزل والامام يصير اثما باتاح الفسق بلا خلاف

إلى هنا لفظ الخلاصة ونقل الناطفي في الاجناس عن ادب القاضي لابي بكر الخصاف اذا ارتشى
القاضي وحكم لا يجوز حكمه فاذا رد ما اخذ وتاب فهو على قضائه وفي نوادر هشام قال محمد
لو فسق القاضي ثم تاب فهو على قضائه وحكي عن ابي الحسن الكرخي انه ينعزل بنفسه وعن علي
الرازي صاحب ابي يوسف انه ينعزل القاضي بنفسه ولا ينعزل الخليفة بنفسه الى هنا لفظ
كتاب الاجناس وقال ايضا وفي ادب القاضي للحسن بن زياد في قاض ارتشى وهو عدل ثم فسق بعد
ذلك وارتشى وقد كان قضى بقضايا قبل ان يفسق وبقضايا بعد ما فسق ابطل كل قضية قضى بها بعد ما
فسق وانفذت القضايا التي قضى بها قبل ان يفسق وقال ابو حنيفة لو ان قاضيا قضى بين الناس
زمانا وانفذ قضايا كثيرة ثم علم انه فاسق مرتش لم يزل كذلك ولي على ذلك ينبغي للقاضي الذين
يختصمون اليه ان يبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي الى هنا لفظ الاجناس وذكر الاسروشني في
فصوله القاضي اذا ارتشى وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش وذكر الامام
البزدوي انه ينفذ فيما ارتشى ايضا وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش
باطلة وبالقول الاول اخذ شمس الائمة السرخسي وهو اختيار الخصاف وان ارتشى ولد القاضي او كاتبه
او بعض اعوانه فان كان بامره ورضاه فهو كما لو ارتشى القاضي سواء ويكون قضاؤه مردودا وان
كان بغير علم القاضي نفذ وكان على المرتشي رد ما قبض الى هنا لفظ الفصول وقال ابو العباس
الناطفي في اجناس ادب القاضي من كتاب الاجناس الفقيه اذا كان فاسقا هل يجوز ان يستفتى فيه
فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع في نوادره سمعت بشر بن غياث يقول ارى الحجر على ثلاثة
فقيه فاسق وطبيب جاهل ومكار مفلس وقال محمد بن شجاع في قول نفسه لا باس بان يستفتى من
الفقيه الفاسق لانه يكره ان يخطئه الفقهاء فيجيب بما هو الصواب وقال في الواقعات
واختار الطحاوي بان الفاسق اذا تقلد القضاء لا يصير قاضيا ولو فسق ينعزل بالفسق و
الصحيح ما ذكر في شرح ادب القاضي ان القاضي بنفس الفسق لا ينعزل بل يعزل والفاسق
اذا تقلد يصير قاضيا ومتى قضى نفذ قضاؤه الا ان للقاضي الآخر ان يبطله اذا كان من رايه خلاف
ذلك ومتى ابطله ليس لقاض اخر ان ينفذه وهذا قول علمائنا ورايت في كتاب القاضي لابي
محمد الناصحي النيسابوري انه قال فان اخذ القاضي الرشوة وحكم للذي رشاه بحق لنفسه

ظلم

ظلم كان هذا الحكم باطلا ولا يحل لاحد ان ينفذ ذلك القضاء من القضاة بل يرده فقد سقطت
عدالة المرتشي لان الله تعالى قال لولا ينهاهم الربانيون والاحبار عن قولهم الاثم واكلهم السحت و
قال تعالى اكالون للسحت وروي عن ابن عباس انه قال يعني الرشوة وعن مسروق
ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه سئل عن السحت فقال هو الرشا فقال الرجل في الحكم
فقال له عبد الله ذلك الكفر ثم تلا قوله ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون
وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح كتاب ادب القاضي للخصاف حديث ابي هريرة عن
النبي صلى الله عليه انه قال لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم ثم قال وروي عن النبي صلى الله عليه
انه قال الراشي والمرتشي في النار وروي عنه انه قال الراشي والمرتشي والرائش ملعون
ثم قال والرشوة من الرشاء فان النازح لا يتوصل الى استيفاء الماء الا به فكذلك
الانسان اذا كان لا يتوصل الى مقصوده الحرام فانه يرشو ليتوصل الى ذلك المقصود
والراشي المعطي والمرتشي الآخذ والرائش الذي يسعى فيما بينهما ليستوي امره وهذا لان الله تعالى
ذم اليهود على الرشوة بقوله تعالى سماعون للكذب اكالون للسحت كما ذمهم على الربوا بقوله تعالى
واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وكانت الرشوة بمنزلة الربوا وذلك حرام محض لكن الرشوة
ولا تخلو اما ان يرشوه لانه قد خوفه وهدده فيعطيه الرشوة ليدفع الخوف عن نفسه
او يرشو انسانا ليسوي امره فيما بينه وبين السلطان ويسعى في ذلك الباب او يرشو ليتقلد
القضاء من السلطان او يرشو القاضي ليقضي له اما الاول فانه اذا كان يرشوه ليدفع
الخوف عن نفسه فانه لا يحل للآخذ ان ياخذه لان الكف عن التخويف والتهديد واجب
عليه بدين الاسلام ولا يحل له ان ياخذ المال على ذلك فان اخذ المال لاقامة ما هو واجب
الاقامة بدون المال لا يكون حلالا واما المعطي فيحل له الاعطاء لانه خازنه وجعل
المال وقاية لنفسه وهو موافق للشريعة الا ترى في ما روي عن بعض الصحابة رضوان
الله عليهم انه قال ما وجدنا في زمن زياد شيئا خيرا من المال كنا نبذل لنصون به انفسنا
فدل انه يحل له ان يبذل المال دفعا للخوف عن نفسه واما الثاني اذا رشاه
ليسعى بينه وبين السلطان ويسوي امره بين يدي السلطان لا يحل له الاخذ لان القيام

روي في السنن باسناده
عن عبد الله بن عمرو قال
لعن رسول الله الراشي والمرتشي

بمعونة المسلمين واجب بدون المال فهو اخذ المال لاقامة ما وجب بدون المال فلا يحل له
اخذ المال والحيلة في ذلك ان يقول ذلك الرجل له استأجرتك يوما الى الليل ببدل
معلوم فيستأجره فيكون صحيحا ثم ان المستأجر بالخيار ان شاء استعمله في ذلك
العمل وان شاء استعمله في عمل اخر واما رشا السلطان ليتقلد منه القضاء
فالراشي والمرتشي في النار لانه لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال انا لا نقلد اعمالنا
من يأتينا عليه بالشفعاء فاذا كان لا يقلد من يطلب فكيف يقلد من يرشو وهذا لانه
انما يرشو ليأخذ من اموال الناس بحسبه فيحرم الاخذ والاعطاء اما الفصل الاخير
اذا ارتشى القاضي ليقضي له فهذا لا يخلو اما ان يكون القضاء له بالجور او بالحق فان
كان القضاء بالجور فحرمة المال من وجهين احدهما لانه رشوة فيكون حراما والثاني بسبب
القضاء بالجور وان كان القضاء بحق فالحرمة لمعنى واحد وهو ان القضاء واجب عليه
بدون المال فاذا اخذ عليه المال فهو اخذ المال على العبادة او على اقامة القربة فيكون
حراما ولا ينفذ القضاء الذي ارتشى فيه وسجله في ذلك فيكون باطلا فاما قضاياه بعد ذلك
فمن ينفذ للناس فيه كلام والصحيح من المذهب عندي انه ينفذ قضاياه بعد ذلك كذا في شرح ادب
القاضي واما الشرط الثاني وهو كون القاضي من اهل الاجتهاد فذلك شرط الاولوية
عندنا لا شرط الجواز في الصحيح وقيل شرط الجواز اليه مال صاحب شرح الاقطع وقال
في وجيزهم لا بد للقضاء من صفات وهو ان يكون ذكرا حرا مجتهدا بصيرا اعني فلا يجوز
قضاء المرأة والاعمى والصبي والفاسق والجاهل المقلد الى هنا لفظ الوجيز وقال صدر
الاسلام البزدوي في اصوله اجمع العلماء والفقهاء ان المفتي يجب ان يكون من اهل
الاجتهاد فانه لا يقدر ان يفتي الناس اذا لم يكن من اهل الاجتهاد فانه يحتاج الى الاجتهاد لا
لا يحل له ان يفتي الا بطريق الحكاية فيحكي ما يحفظ من اقوال الفقهاء ولا يحل له ان يفتي
فيما لا يحفظ فيه قولا من اقوال المتقدمين الى هنا لفظ صدر الاسلام وقد ذكر محمد في الاصل
ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا وذكر الخصاف ما يدل على جوازه لانه قال القاضي يقضي باجتهاد
نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقيها اخذ بقوله وجه قول الشافعي
ما روي

ما روي عن النبي صلى الله عليه حين بعث معاذا الى اليمن قال له بم تقضي قال بكتاب الله
قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله قال فان لم تجد قال اجتهد رأيي فقال رسول الله صلى الله عليه
الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما رضي رسول الله ولانه اذا لم يكن مجتهدا فيجوز ان
يقع حكمه بخلاف النص او الاجماع فلا يجوز وان القضاء يستدعي القدرة ولا قدرة بدون العلم
وانما لم يذكر معاذ الاجماع حين سأله رسول الله صلى الله عليه عن الحكم لانه لم يكن
اجماع للصحابة في زمن النبي صلى الله عليه ولنا ان المقصود من القضاء تنفيذ الاحكام
وايصال الحق الى مستحقه وهذا المعنى يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره
كما يحصل من المجتهد يؤيده ما ذكره احمد بن حنبل في مسند علي رضي الله عنه
قال انفذني رسول الله صلى الله عليه الى اليمن وانا حديث السن فقلت
تنفذني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال الله تعالى سيهدي
لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك وروى صاحب
السنن باسناده الى علي قال بعثني رسول الله صلى الله الى اليمن قاضيا فقلت يا
رسول الله وانا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله سيهدي قلبك و
يثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقض حتى تسمع من الاخر كما سمعت
من الاول فانه احرى ان يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا او ما شككت في قضاء
بعده نعلم ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا رضي الله عنه حينئذ لم يكن من اهل الاجتها
ولا يقال كل من لا يصلح ان يكون مفتيا لا يصلح ان يكون قاضيا كالفاسق لان المفتي
يجوز له ان يفتي بالسماع من غيره لا برأيه وقضاء المرأة يجوز فيما يسمع شهادتها فيه خلافا
للشافعي لان المقصود وهو تنفيذ الاحكام وانصاف المظلوم من الظالم حاصل بخلاف
قضائها في الحدود والقصاص فان شهادتها لا تجوز فكذا قضاؤها ثم الاجتهاد وهو
بذل المجهود لنيل المقصود وشرط صيرورة المرء مجتهدا ان يكون عالما بالنصوص
من الكتاب والسنة مما يتعلق به الاحكام الشرعية ولا يشترط ان يكون عالما بجميع ما في
الكتاب والسنة وهذا عينه والرخصة في ذلك ان يكون بحال يمكنه طلب

الحادثة الواقعة من النصوص التي تعلق بها الاحكام ويشترط ايضا ان يكون عالما
بوجوه العلل بالكتاب والسنة والاجماع على ما عرف في اصول الفقه واذا بلغ الرجل هذا
الحد يصير مجتهدا ويجب عليه العمل باجتهاده ويحرم عليه تقليد غيره كذا في الميزان
وقال صدر الاسلام البزدوي في اصوله واهل الاجتهاد من يكون عالما بالكتاب ناسخه
ومنسوخه وعالما بالسنن ناسخها ومنسوخها وعالما بمعاني الكتاب والسنن التي هي
اقيسة والى هذا اشار محمد في كتاب الحدود وبعضهم قال الواجب ايضا ان يكون عالما بعرف
بلده وكلامهم ولغتهم من الصريح والكناية والصحيح ان اهل الاجتهاد في مسايل الفقه
من يكون عالما بدلايل الفقه وهي الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس الى هنا
لفظ صدر الاسلام وقال الاسروشني في فصوله قال بعضهم اذا كان صوابه اكثر من
خطايه حل له الاجتهاد هذا لفظ الفصول وروي عن مالك انه سيل عن اربعين مسئلة
فقال في ست وثلاثين منها لا ادري وقال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي
وينبغي ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه او صاحب فقه وله بصر ومعرفة
في باب الحديث والتفاوت بين العبارتين ان الاول مشتهر بالحديث وله فقه ايضا **والثاني**
مشتهر بالفقه وله بصر بالحديث ايضا وقال البستي في اصوله قال بعض اصحابنا اذا
كان عالما في مسئلة يعرف حقيقتها ولا يخفى عليه دقيقتها يكون من اهل الاجتهاد في تلك
المسئلة **ثم اذا استجمع** اهلية الشهاده والاجتهاد في واحد هل له ان يتقلد القضاء
قال في خلاصة الفتاوى فيه اربعة اقوال قال بعضهم يكره وقال بعضهم لا باس به وقال بعضهم
وعليه عامة المشايخ ان التقليد رخصة والترك عزيمة وروي الحسن عن ابي يوسف
رحمه الله انه اذا قلد من غير مسئلة لا باس به وان سيل يكره وهكذا ذكر في المنتقى الى هنا لفظ الخلاصة
وذكر الفقيه ابو الليث في العيون عن الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال
لا ينبغي لاحد ان يطلب القضا ولا يتعرض له فان فعل فهو مسيء وقال شمس الايمة السرخسي
في شرح ادب القاضي للخصاف انه قال دخل في القضا قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون
وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتزم بالقضا انه يقضي بحق ولا يدري ايقدر
على الوفا به

على الوفا به او لا يقدر وفي ترك الدخول فيه صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلدة من
يصلح للقضا فاما اذا لم يكن غيره في البلدة من يصلح للقضاء فانه يدخل في القضا فان
كان في البلدة قوم يصلحون للقضا فامتنع كل واحد منهم عن الشروع في القضا فكلهم ياثمون
اذا كان السلطان لا يفصل بينهم **فاما اذا كان السلطان** يفصل بنفسه فامتنعوا جميعا
لا ياثمون ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل فانهم مشتركون في الاثم لانه يودي الى تضييع
احكام الله تعالى كذا في شرح ادب القاضي **قوله** في المولي اسم المفعول من
التولية **قوله** يستفى من حكم الشهادة اي يوخذ ويستفاد منه **قوله** لا ينبغي
ان يقلد اي الفاسق لانه لا يوتمن على امر الدين **قوله** ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة
او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا منوط من المذهب وعليه مشايخنا اراد بغيره الزنا
وشرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي واراد بالمشايخ علما بخارا وسمرقند قال
ابو حفص الاستروشني في الفصول وكون القاضي عدلا ليس بشرط ايضا حتى قال
اصحابنا ان الفاسق يصلح ان يكون قاضيا والعدالة شرط الاولوية في ظاهر الرواية
وفي رواية النوادر شرط لصحة التقليد ولو قلد وهو عدل ثم فسق يستحق العزل
ولكن لا ينعزل وبه اخذ عامة المشايخ ويجب على السلطان ان يعزله الى
لفظ الفصول **قوله** ولا يصلح مفتيا فيه اختلاف المشايخ وقد مر قبل هذا **قوله**
واما الثاني اي الشرط الثاني في المولي هو شرط الاجتهاد وقد مر بيانه ايضا **قوله**
وفي الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه اي في اصول الفقه لفخر الاسلام وغيره في
باب معرفة احوال المجتهدين **قوله** وان يكون صاحب قريحة قال صاحب الجمهرة القريحة
خالص الطبيعة ومنه اشتقاق القراح وهو الخالص الذي لم يمزج بغيره من
السبخ وغيره وقال في تهذيب الديوان قريحة البير اول مايها والقريحة
الطبيعة وقال في المجمل القريحة اول ما يستنبط من البير وكذلك يقال لفلان
قريحة جيدة يراد استنباط العلم وقال في الصحاح كما في المجمل وقال المطرزي
في الايضاح القريحة في الاصل اول ما يستنبط من البير وهي فعيلة بمعنى مفعولة اسما

للبئر من ترحتها اذا حفرتها يتموا الماء بذلك لملابسة بينهما ثم قالوا فلان حسن
القريحة اذا ابتدع شعرا او خطبة اجاد فاستعاروها للطبع وهو من مستعار المجاز
لان اصل القرح الجرح وهو الشق ومنه القارح وهو الفرس الذي يترح نابه اى شق وقال
البستي في اصوله قال بعضهم اهل الاجتهاد من كان عالما بالكتاب والسنة واقفا على
معانيهما فهو من الاجتهاد وقال بعضهم اهل الاجتهاد من كان مع هذه الجملة يعرف الناس و
عاداتهم الا ان هذا ليس بقوي لانه شرط زايد لا حاجة الى اشتراطه فان من عرف كتاب الله
وسنن رسوله وعرف ناسخه ومنسوخه ووقف على معانيه يمكنه الاجتهاد كذا قال
البستي في كتاب الاصول فقله عليها اي على عادات الناس قوله قال ولا باس بالدخول
في القضا لمن يثق على نفسه ان يؤدي فرضه اى قال القدوري في مختصره والاصل
فيه قوله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تعالى لنبينا
صلى الله عليه انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس ولان النبي صلى الله عليه كان يقضي
بين الناس وولى اصحابه القضاء وانفذهم الى النواحي وقد روينا قبل هذا ان النبي صلى الله عليه
بعث عليا قاضيا الى اليمن وكان الخلفاء الراشدون يقضون بين الناس ولان القضاء امر
بالمعروف ونهي عن المنكر والامر بالمعروف واجب وبعض السلف انما كرهوا الدخول في
القضاء لخوفهم على انفسهم من عجزها عن القيام بتحمل عب القضا فلو لم يجز الشروع فيه لم يول
رسول الله اصحابه القضاء ولم يقض بنفسه ولكن مع هذا ترك الدخول اسلم لدينه كما مر بيانه قوله
قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف وذلك لقوله عليه السلام القضاة
ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة ولقوله عليه السلام من ولي القضاء فكانما ذبح بغير
سكين فلاجل هذا الوعيد كره الدخول فيه لمن لا يامن على نفسه ان يحيف ويجور على الناس
وان كان القضاء في نفسه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف وقد قال صاحب الهداية الصحيح ان
الدخول فيه رخصة والترك عزيمة وجملة القول فيه بيناها قبل هذا نقلا عن شرح ادب القاضي
وخلاصة الفتاوى والحيف الجور والظلم من حاف عليه يحيف حيفا قوله كيلا يصير شرطا
اي كيلا يصير الدخول في القضا قوله حينئذ يفترض عليه التقلد يعني اذا كان واحدا من اهل
المدينه

المدينة يتعين للقضاء لعلمه وعفافه يفترض عليه طلب القضاء وتقلده حتى لا يضيع حقوق
الناس فاذا امتنع هو وقلد الجاهل او الفاسق ياثم بعدم امتناعه وقد مر ذلك وهذا كصلاة الجنازة
فان الواحد اذا تعين لاقامتها يفترض عليه عينا قوله وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها
هذا لفظ القدوري في مختصره اي لا يطلب ولاية القضاء بقلبه ولا بلسانه في
ذلك لما روى ابو عيسى الترمذي في جامعه باسناده الى انس بن مالك رضي الله عنه
قال قال رسول الله صلى الله عليه من سال القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه ينزل عليه
ملك يسدده وروى ايضا باسناده الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه من
ولي القضاء او جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين وروى في السنن باسناده الى انس بن
مالك رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول من طلب القضا واستعان عليه
وكل اليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه انزل الله ملكا يسدده وروى صاحب السنن
ايضا باسناده الى ابي موسى قال قال النبي صلى الله عليه لن نستعمل او لا نستعمل على عملنا
من اراده وحديث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الرحمن بن سمرة قال قال النبي صلى
الله عليه يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال الامارة فانك ان اوتيتها عن مسالة وكلت اليها
وان اوتيتها عن غير مسالة اعنت عليها ولان الظاهر من حال من يطلب القضاء انه
يطلبه للدنيا وحظ النفس وطلب الدنيا وحظ النفس منهي عنه بخلاف ما اذا اكره
على القضاء حيث لا يوجد هذا المعنى قوله وكل الى نفسه على صيغة المبني للمفعول بتخفيف
الكاف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير مرشد الى
الصواب لكون النفس امارة بالسوء قوله ثم يجوز التقلد من السلطان الجاير كما
يجوز من العادل ذكر هذا تفريعا على ما تقدم من مسالة القدوري قال في فصول
الاستروشني ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجاير اما من السلطان
العادل فظاهر واما من الجاير فلان الصحابة تقلدوا الاعمال من معاوية بعد
ما ظهر الخلاف لعلي رضي الله عنه والحق مع علي في نوبته وتقلدوا من يزيد مع فسقه
وجوره والتابعون تقلدوا من الحجاج مع انه كان افسق اهل زمانه الى هنا لفظ الفصول

وقال الامام ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي للخصاف قاضي اهل البغي
والخوارج اذا كان منهم فقضى بشيء ثم دفع الى قاضي اهل العدل لم يجزه وابطله لان الخوارج
اذا خرجوا على اهل العدل بالسلاح فانهم يستحلون اموالهم فلا تجوز شهادتهم واذا لم تجز
شهادتهم لم يجز قضاؤه فينتقض وهذا قول ابراهيم النخعي ولا يعمل على كتابه ايضا لانه لا يجوز
قضاؤه فلا يعمل على كتابه ثم قال الناصحي قال في الكتاب اي قال الخصاف في
ادب القاضي اذا بلغ الامام ان قوما يجتمعون ليخرجوا عليه فانه يبادر اليهم فيقتلهم ويرد شاذهم
ومن يستحق القتل لا يكون قاضيا فلا ينفذ قضاؤه قاضي اهل العدل وان كان قاضي الخوارج
من اهل الجماعة والعدل فقضى ثم دفع الى قاضي اهل العدل امضاه ويجوز قضاؤه بين الناس لان
شريحا كان يتولى القضاء من جهة معاوية ومن بعده من بني امية وكانوا خارجين على امام الحق
ولم يرو عن احد من اهل العلم انه فسخ قضاؤه وكذلك غير شريح تولوا لهم ولم يرو عن
احد من الايمة نقض قضاياهم فدل على ان القاضي اذا كان عدلا في نفسه لا يعتبر فسق من ولاه
وليس كذلك اذا كان عبدا او كافرا لانه لا يد له على المسلمين قال في الفصول اهل البغي هم
الخارجون على امام الحق بغير حق بيانه ان المسلمين اذا اجتمعوا على امام وصاروا امنين به
فخرج عليه طائفة من المومنين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من اهل البغي و
عليه ان يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس ان يعينوا الامام عليهم لان فيه اعانة على الظلم
ولا ان يعينوا تلك الطائفة على الامام ايضا لان فيه اعانة لهم على خروجهم على الامام وان لم
يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن ادعوا الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم اهل البغي فعلى كل
من يقوى على القتال ان ينصر امام المسلمين على هولاء الخارجين لانهم ملعونون على لسان
صاحب الشرع فانه قال الفتنة نائمة لعن الله من ايقظها **قوله** والحق كان بيد علي في نوبته
انما قيد بنوبته احترازا عن قول الروافض لعنهم الله فانهم يقولون الحق كان بيد علي
في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم وهذا مخالف لقول الله تعالى ومن يشاقق
الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المومنين نوله ما تولى ونصله جهنم وهذا لان
خلافتهم انعقدت عليها اجماع الصحابة ولم يرو عن علي خلاف ذلك وباقي البيان يعرف
في علم

في علم الكلام ان شاء الله تعالى **قوله** الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق استثناء من
قوله تجوز التقلد من السلطان الجائر الا اذا لم يمكنه السلطان الجائر من القضاء بحق
فحينئذ لا تجوز التقلد منه لان المقصود من القضاء هو تنفيذ الاحكام لا يحصل
قوله قال ومن تقلد القضاء يسئل ديوان القاضي الذي قبله اي قال القدوري
في مختصره والمراد من ديوان القاضي الخرائط التي فيها السجلات والصكوك والمحاضر و
كتاب نصب الاوصياء والقيم في اموال الوقف وكتاب تقدير النفقات وانما يسأله
لان ديوان القاضي المقصود منه الحجة والوثيقة للناس فيجب ان تجعل في يد من
ينظر في امورهم وهو القاضي المولى وهذا لانه يحتاج الى معرفة ما فيه فكان له اخذه وهذا
ظاهر اذا كان البياض الذي كتب عليه السجلات ونحوها من بيت المال وكذا اذا كانت
من مال الخصوم لان ذلك انما سلم اليه لعمل القضاء وقد انتقل العمل الى غيره فيوخذ
الديوان منه شاء او ابى وكذا اذا كان البياض للقاضي المعزول لانه وضع عنده لصيانة
حقوق الناس تدينا لا تمولا قالوا ويبعث القاضي المولى رجلين امينين حتى يتسلما
الخرائط من المعزول او امينه وذلك لان قول الانسان لا ينتقل الى القاضي باقل من اثنين
ويسال الامينان اياه عن شيء فشيء ويجعلان كل حادثة في خريطة على حدة حتى لا يشتبه
الحال على القاضي المولى وتيسر الوصول الى ما اراد وسوال الامينين لكشف الحال لا لما
ان قول القاضي المعزول ملزم اذ هو صار كواحد من الرعايا بالعزل ثم اذا قبض الامينان
الديوان يجمعان على ذلك خوفا عن احتمال الزيادة والنقصان قال الناصحي في
تهذيب ادب القاضي للخصاف فما كان من القماطر فيها الاقرارات وشهادة الشهود
والمحاضر قبضها الامينان مختومة لانها ليست بحجة اذ الثاني لا يقضي بها لان ما
اثبته القاضي الاول من اقرار وشهادة يكون حجة عند الثاني فجاز قبضها جملة
مختومة وما كان من القماطر فيها حجج الناس من الصكوك والسجلات كتباه شيئا فشيئا
فيكتبان قمطر كذا فيه نسخة السجل لفلان بن فلان الفلاني على فلان ابن فلان الفلاني
فيكتب الجميع مفسرا على هذا الوجه وقمطر فيه كذا وكذا صكا باسم فلان بن فلان

الفلاني لان هذه نسخ الناس فوجب ان تحتاط فيها فيكتبها مفصلا لانه اسرع وجودا
عند الحاجة اليه ويكتبان ذلك بحضرة القاضي المعزول او بحضرة امينه لانهما يقبضان ذلك
فيكتبان بحضرته او بحضرة امين يقيمه مقام نفسه وكذلك يكتبان عدد ضياع الوقوف
ومواضعها واسماء الذين للقاضي المعزول لانه يفتقر الى معرفتهم ومعرفة ما في ايديهم فوجب
ان يكتب اسماءهم **قوله** قال وينظر في حال المحبوسين اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه فمن اعترف بحق الزمه اياه ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة يعني
ينظر القاضي المولى في حال المحبوسين ويبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ثم
يسأل المحبوسين عن سبب حبسهم وذلك لان القاضي نصب ناظرا لامور المسلمين وقول
المعزول ليس بحجة لانه صار كواحد من الناس لانه لا يلي في الحال فلا ينفذ قوله عليهم غير
انه يتعرف ما عندهم ثم يسألهم ويجمع بينهم وبين خصمهم فان اقروا بما يوجب الحبس وطلب
خصمه ذلك حبسهم لان الحق يجب بالاقرار وقد قال عليه السلام لي الواجد ظلم يحل
عرضه وعقوبته وعقوبته حبسه فكان له ان يحبس فان لم يقروا او يشهد الشهود عليهم
بالحق وهذا القاضي يعرفهم بالعدالة ردهم الى الحبس لانه يجب الحكم بشهادة الشهود
لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا فان لم يعرفهم بالعدالة اخذ من المحبوس
كفيلا بنفسه واطلقه الى ان يسأل عن الشهود فان عدلوا رده الى الحبس لانه يبتدي
القضاء الآن ولا ينقض بما مضى فصار كما لو شهد الشهود ابتداء على احد بحق **قوله**
وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كان على فعل نفسه يعني ان قول المعزول
ليس بحجة لانه كواحد من الناس وشهادة الفرد لا تقبل على فعل غيره فاولى ان
لا تقبل على فعل نفسه **قوله** فان لم تقم البينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي وينتظر في امره
هذا لفظ القدوري في مختصره وفي بعض نسخ المختصر ويستظهر في امره قال اهل اللغة
الاستظهار الاحتياط قال ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف فان قال
واحد من المحبوسين حبست بغير حق ولم يحضر له خصم تأنى القاضي ونادى اياما
فان لم يحضر له خصم اطلقه واخذ منه كفيلا بنفسه لان ظاهر امر القاضي انه لم
يحبسه

يحبسه الا بحق فلا يطلق في الحال ويتأنى فيه ولان السجان امين في الظاهر والمحبوس
في يده فلا يخلى سبيله في الحال وينادي اياما من حبس فلان بن فلان الفلاني فليحضر فان
لم يحضر خصمه اطلقه لان قول القاضي المعزول لا تقبل لانه شاهد بعد عزله وشهادة
الواحد لا تقبل فلم يجب حبسه فاطلق عنه ويأخذ منه كفيلا لان القاضي ناظر
يحتاط فاذا اراد الاحتياط ان يأخذ كفيلا لعل الجواز ان يكون له خصم غائب
يحضر ويدعي عليه فان قال انا محبوس لفلان وقضى حقه واراد الطالب اطلاقه وقد عرف
القاضي الطالب او عرف له شهود شهدوا على نسبه تأنى القاضي فيه لانه يجوز ان يكون له
خصم آخر فوجب ان يتأنى فان لم تجد له خصما آخر اطلقه لانه قد احتاط
فان لم يقف من امره على حقيقته اخذ منه كفيلا واطلقه لما ذكرنا انه ناظر
يحتاط فان لم يعرف القاضي الطالب ولم يعرف عنده نادى عليه اياما من كان
حبس فلان بن فلان في حبس القاضي فلان فليحضر ثم يأخذ منه كفيلا ويطلقه
لانه يجوز ان يحتال فيحضر واحدا ويقول هذا حبسني فيحتاط القاضي بهذا النوع
من الاحتياط ويأخذ الكفيل وان قال لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه لا
يجب علي شيء نادى عليه شهرا ثم تركه لان الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه
اعطاء الكفيل وانما طلبه القاضي به احتياطا فاذا لم يعطه وجب علينا ان نحتاط
بنوع آخر فينادي عليه شهرا فاذا انقضى المدة اطلق عنه كذا قال الامام الناصحي **قوله**
لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اي لم يعجل القاضي باطلاق المحبوس بل يتأنى
وينادي على المحبوس اياما في مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان الفلاني
المحبوس بحق فليحضر **قوله** وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل
على ما يقوم به البينة او يعترف به هذا لفظ القدوري في مختصره وانما ينظر في
الودايع وارتفاع الوقوف لان القاضي نصب ناظرا في امور الناس محتاطا فيها وانما
يعمل على حسب ما يقوم به البينة او يعترف به من الوديعة في يده لان كل واحد من
البينة والاقرار حجة اما البينة فظاهر لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم

وكذا الاقرار مقول تعالى فليملل الذي عليه الحق ولان من في يده الوديعة امين والقول قول
الامين ما لم يكذبه الظاهر **قوله** ولا يقبل قول المعزول هذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها وفي بعض
النسخ الذي هي في يده وانما لم يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بالرعايا فصار كواحد من
الناس واليه اشار بقوله لما بينا الا اذا اعترف الذي في يده الوديعة بان القاضي المعزول
سلمها اليه فحينئذ يقبل قول المعزول لانه لما اقر بتسليم المعزول اليه كان معترفا بان يده
مستفادة من جهة المعزول فيقبل قول المعزول فيستحقها كما لو كانت الوديعة في يده
فاما اذا لم يعترف من في يده الوديعة بتسليم المعزول لم يقبل قول المعزول
لانه مدع بغير حجة **قوله** الا اذا بدا بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه
من قوله فيقبل قوله فيها اي قول المعزول في الوديعة يعني انما يقبل قول المعزول
اذا اعترف من في يده الوديعة بتسليم المعزول اليه **اما اذا** بدا ذو اليد بالاقرار
لواحد ثم اقر بتسليم القاضي المعزول اليه فقال المعزول هي لفلان اخر يسلم الوديعة
الى من اقر له ذو اليد لا الى من اقر له المعزول ويضمن ذو اليد لمن اقر له المعزول قيمتها
وتمام البيان فيه ما قال الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف وان
قال الامين الذي على يده مال قد دفعه الي القاضي ولا ادري لمن هو فقال القاضي
هو لفلان صدق لان الامين اقر بانه وصل اليه من قبل القاضي فصار كانه في
يده ولو كان في يده كان القول قوله كذلك هنا وان قال دفعه الي القاضي وهو
لفلان فقال القاضي هو لفلان رجل اخر فالقول قول القاضي لانه لما اقر بوصوله
اليه من يد القاضي واليد له فيه قبل الاقرار لغيره فصار كانه في يد القاضي ولو كان في
يده فاقر به لواحد واقر هذا به لاخر كان القول قول القاضي كذلك هنا وان قال
الامين هو لفلان وقد دفعه الي القاضي وقال القاضي هو لفلان رجل اخر فالقول
قول الامين لان الظاهر ان اليد له الا انه يقر به لغيره فاذا اقر بما في يده في الظاهر لغيره
صح الاقرار ووجب الملك للمقر له فاذا اقر باليد بذلك غيره لغيره لم يصدق تم قال
الناصحي

الناصحي وذكر ابو علي ابن موسى انه يغرم مثله للذي اقر له القاضي لانه اتلفه
بالاخر من القاضي وقد اتلفه باقراره للاول فيغرم قيمته **قوله** لما بينا اشارة
الى قوله لانه بالعزل التحق بالرعايا **قوله** لسبق حقه اي حق المقر له الاول
وهو الذي اقر له ذو اليد **قوله** ثم يضمن اي ذو اليد **قوله** قال ويجلس
للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد اي قال القدوري في مختصره وقال صاحب
الهداية والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف
قال ابو حنيفة يقضي القاضي في مسجد الجامع لانه ارفق بالناس واحرى
ان لا يخفى وقعد في مسجد حيه او في بيته فلا باس بذلك وقال الطحاوي في مختصره لا
باس بان يقضي في منزله وحيث احب الا ان احسن ذلك ان يقضي حيث الجماعة
وقال في خلاصة الفتاوى وافضل ما يجلس في المسجد الجامع وفي مسجد حيه او
بيته لا باس به عندنا وقال الشيخ الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في
مسجد الحي وبيته وسط البلدة **اما اذا** كان في طرف من البلدة يختار مسجدا
وسط البلدة الى هنا لفظ الخلاصة وذلك لئلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة
بالذهاب الى طرف البلدة وقال في المغني يختار مسجد السوق لانه اشهر وقال
في وجيزهم ويكره ان يتخذ المسجد مجلسا للقضاء وروى شمس الائمة السرخسي في
شرح ادب القاضي عن مالك ان القاضي اذا كان في المسجد فتقدم اليه الخصمان
لا باس بفصل الخصومة فيه وان تعمد الذهاب الى المسجد لفصل الخصومة
في المسجد يكره وقال احمد بن حنبل ويجوز القضاء في المساجد والجوامع
من غير كراهة وجه قول الشافعي ما قال في شرح ادب القاضي بان
المساجد انما بنيت لاقامة العبادة وذكر الله تعالى قال الله تعالى في بيوت اذن
الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه لا لفصل الخصومات فيكره الجلوس في المسجد
لفصل الخصومات وربما تجري الكذب على لسان احد الخصمين او يشهد الشهود بشهادة
الزور او يقع اليمين الفاجرة وذلك من الكبائر قال تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان

واجتنبوا قول الزور واليمين الغموس كبيرة الا ترى الى ما روى البخاري باسناده
الى الشعبي عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه قال الكباير
الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس فلو جلس القاضي
في المسجد كان سببا للاقدام على الكذب ولان مجلس القضاء يحضره الحايض وهي
ممنوعة عن الدخول فيه ويحضره المشرك وهو نجس قال تعالى انما المشركون نجس **ولنا**
ما روى اصحابنا في كتبهم ان رسول الله صلى الله عليه كان يفصل بين الخصوم في معتكفه وكذا
الخلفاء الراشدون كانوا يفصلون الخصومات في المسجد وكان الكفار يفدون على رسول الله
ويدخلون في المسجد وروى الخصاف في ادب القاضي باسناده الى هشام ابن ابي
عبيد الله مولى لقريش قال سمعت الحسن يحدث حديثا قال اتيت المدينة مسجد رسول
الله صلى الله عليه ذات يوم بالهاجرة فاذا انا بابن عفان قد كوم كومة من الحصا
ووضع رداءه ثم اتكا فاذا هو برجل حسن الوجه حسن اللحية فاذا بوجنتيه
نكتات من اثر الجدري واذا الشعر قد كسا ساعديه قال فجاءه سقا معه قربة
يخاصم رجلا قال فجعل ينظر فيما بينهما ففي هذا دلالة على ان القاضي في سعة على ان
ينفذ الحكم في المسجد الجامع وروي عن الحسن ايضا انه كان يقضي في المسجد وكان قاضي
البصرة من جهة عمر ابن عبد العزيز وروي ايضا عن الحسن وزرارة بن اوفى انهما
كانا يقضيان في الرحبة خارجا من المسجد وروي عن يحيى ابن يعمر انه كان
يقعد في الطريق فيقضي وعن شريح انه كان يقضي في داره اذا كان يوم مطير
وعن الشعبي انه كان يقضي في المسجد وعن محارب بن دثار انه كان يقضي في المسجد
ويخضب بالسواد وعن شريح انه كان يقضي في المسجد ايضا ولان القاضي مامور
بالقضاء بحق بن القضاء بحق من اشرف الطاعات وافضل العبادات فكان
الجلوس في المسجد للقضاء بحق كالجلوس للتدريس والفتوى والوعظ وذلك
لا باس به فكذا هذا ولان الجلوس في المسجد مانع من الاقدام على الكذب لا حامل
عليه لان الانسان يحترز عن الكذب في المسجد اكثر مما يحترز في غيره الا ترى ان الشافعي
قال اذا

قال اذا كانت الدعوى في العظيم من المال يحلف المدعى عليه في المسجد الحرام بين الركن والمقام
لان الانسان يمتنع عن الكذب في هذه المواضع ونجاسة المشرك في اعتقاده لا على الظاهر
طاهر بدنه ولا يصيب الارض منه شيء والحايض مسلمة يعتقد حرمة الدخول في المسجد
فالظاهر انها تخبر بحالها فيخرج القاضي او امينه اليها الى باب المسجد كما اذا كانت الدعوى
في الدابة قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي وقد ذكر في السير الكبير ان المشرك
يمنع من دخول المسجد عملا بقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام
وذكر في الجامع الصغير ان الكافر لا يمنع من دخول المسجد قال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير وسفيان بن حرب دخل المسجد الحرام عام الحديبية والاية وردت
في الطواف بالبيت يعني ان الكفار كانوا يطوفون بالبيت عراة ويتكلمون بالفواحش فنهاهم
الله تعالى لاجل ذلك لا لاجل الدخول نفسه وقال الناطفي في تهذيب ادب القاضي كان
شريح يقضي في المسجد وكذلك الحسن والشعبي **قوله** ولو جلس في داره لا باس به
ذكر هذا تفريعا على ما تقدم قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي وان اختار
الجلوس في مسجد حيه لا باس وان اختار ان يجلس في داره فله ذلك بشرط ان لا يمنع
احدا من الدخول عليه لان لكل احد حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس ان لو كان
في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة يعني من تهمة الظلم والرشوة قال الناطفي في تهذيب
ادب القاضي روي ان شريحا اذا كان يوم مطير قضى في داره وقال الطحاوي
في مختصره ولا ينبغي له ان يقضي وهو يمشي او يسير **قوله** ولا يقبل هدية الا من ذي رحم
محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته هذا لفظ القدوري في مختصره وانما لا يقبل
القاضي هدية لما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حميد الساعدي
قال استعمل النبي صلى الله عليه رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال
هذا لكم وهذا اهدي لي قال عليه السلام فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر
ايهدى له ام لا وقال البخاري ايضا في الصحيح قال عمر ابن عبد العزيز كانت الهدية في زمن
رسول الله صلى الله عليه هدية واليوم رشوة ذكره في باب الهبة وقال الناطفي

في تهذيب ادب القاضي روي ان النبي صلى الله عليه لما بعث ابن رواحة الى اهل خيبر اهدوا
له فرده وقال هو سحت وعن مسروق قال القاضي اذا اخذ الهدية فقد اكل السحت
واذا اخذ الرشوة فقد بلغت به الكفر **اما** جواز قبول الهدية من ذي رحم محرم او من
رجل بينه وبين القاضي مهاداة قبل القضاء فلان الاول صلة والثاني جري على العادة
فلا يكره الا ان يزيد على ما قبل القضاء والا ان يقع لذي رحم محرم خصومة ح اخر فيكره الهدية
حينئذ لانه للحكم فلا يحل له والحاصل منها ما قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي
للخصاف اذا اهدى الى القاضي هدية اعلم القاضي ان له خصومة لا يقبل لانه لو اخذه
فقد اكل بقضائه وذلك حرام وان علم ان لا خصومة له فالافضل له ان لا ياخذ لانه لا يخلو
عن الشبهة وان اخذ لا باس به وان كان بين القاضي وبين ذلك المهدي تهادي قبل القضاء فما
نا المهدي اليه ان كانت الهدية على حسب ما كان قبل القضاء فانه لا باس به وان كان زيادة على
ذلك فالزيادة انما كانت لتقلده القضاء فلا ياخذ مقدار الزيادة وان كان بينهما سبب
موجب للهدية كالقرابة فلا باس ان يقبل منه ذلك وان لم يكن بينهما سبب موجب
للهدية فلا ياخذ وقال الناصحي فان كانت له خصومة لانه يدخل عليه التهمة فان
قبل منه هدية بعد الخصومة لم يسقط عن الثمن لانه اهدى اليه جزيا على افعاله الاولى
لا للحكم فلا يسقط عن الثمن وقال في شرح الاقطع والفرق بين الرشوة والهدية ان
الرشوة ان يعطيه بشرط ان يعينه والهدية ان لا يكون فيها شرط **قوله** ولا يحضر دعوة
الا ان يكون عامة هذا لفظ القدوري في مختصره قال الطحاوي ولا يجيب الدعوة الخا
صة للقرابة وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ذكر الطحاوي هنا الاختلاف
ولم يذكر الاختلاف في قبول الهبة فانه قال تجوز قبول الهبة من ذي رحم محرم ثم
الدعوة العامة انما يحضرها القاضي اذا لم يكن المضيف احد الخصمين فاذا كان
احدهما فلا يحضرها وكذا في عيادة المريض انما يعود اذا لم يكن خصما فاذا كان فلا
لان فيه ايذاء للخصم الاخر وتهمة الميل به صرح صدر الاسلام في مبسوطه بجملته
ما قال شمس الائمة السرخسي في ادب القاضي للخصاف ويجيب الدعوة اذا كانت
دعوة

دعوة العامة فان النبي صلى الله عليه كان يجيب الدعوة وكان يقول من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا
القاسم وكان الصحابة يجيبون الدعوة ولكن لا يجيب الدعوة الخاصة لانه ياكل بقضائه ولا ينبغي له
ان ياكل بقضائه لان الدعوة الخاصة مما يجري فيه الكلام من كل نوع وربما يجري شيء من
الخصومات فيتهمه الخصوم ان القاضي يتكلم بشيء من خصومتنا في دار فلان وفرق ما بين
الدعوة الخاصة والعامة قالوا ان كان خمسة نفر او ستة نفر الى العشرة فهي دعوة خاصة
فان جاوز العشرة فهي دعوة عامة والصحيح ان صاحب الدعوة ان كان بحال لو علم ان القاضي لا
يحضر لا يمتنع من اتخاذ الدعوة فان القاضي يجيب هذه الدعوة فهذه دعوة عامة وان
كان بحال لو علم صاحب الدعوة انه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي يمتنع ولا يتخذ الدعوة
فهذه دعوة خاصة فلا يجيبها القاضي لانه اذا كان القاضي يمتنع عن الحضور فهذه الدعوة
يمتنع من اتخاذ الدعوة اذا كان القاضي يمتنع عن الحضور فهذه الدعوة اتخذت للقاضي
فلو حضرها القاضي كان اكلا بقضائه ولا ينبغي له ان ياكل بقضائه وان كان يتخذ الدعوة مع
علمه ان القاضي لا يحضرها فهذه الدعوة ما كانت لاجل القاضي فاذا حضر لا يكون اكلا بقضائه
وهذا اذا لم يكن بين صاحب الدعوة وبين القاضي قرابة او لم يكن بينهما هذه المباسطة قبل
القضاء **فاما** اذا كان بينهما قرابة او كان بين القاضي وبين صاحب الدعوة هذه المبا
سطة قبل القضاء فهي اضافة يجيبه القاضي ويكون ذلك جاريا على السبب السابق على
القضاء لان امور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما امكن فلا يكون اكلا بقضائه
قوله قال ويشهد الجنازة ويعود المريض اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه
امر مندوب اليه وليس فيه تهمة ايضا وكان رسول الله صلى الله عليه يشهد الجنازة ويعود
المريض وهو مقتدى الحكام قال تعالى لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة **قوله**
قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين اي عد من تلك الستة
شهود الجنازة وعيادة المريض روى ابو ايوب عن النبي صلى الله عليه انه قال للمسلم
على المسلم ستة خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان
يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه

ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحديث البخاري في الصحيح في باب الامر باتباع الجنائز
باسناده الى سعيد بن المسيب ان ابا هريرة رضي الله عنه قال سمعت رسول الله عليه السلام يقول
حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وعيادة المريض واتباع الجنائز واجابة الدعوة و
تشميت العاطس **قوله** ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه هذا لفظ القدوري في
مختصره وفي بعض النسخ دون صاحبه وذلك لما روى في الشامل وغيره عن علي رضي الله عنه
انه قال نهانا رسول الله ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الاضافة والخلوة تورث
التهمة **قوله** واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال هذا لفظ القدوري في
مختصره وتمامه فيه ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة هذا كله
لفظ القدوري رحمه الله والمراد من الاقبال تسوية النظر من الجانبين وذلك لما روي
عن النبي صلى الله عليه انه قال اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس و
الاشارة والنظر وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى ابي موسى عبد الله بن
قيس الاشعري آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في
حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك قال المبرد في كتابه المسمى بالكامل قوله آس بين
الناس في وجهك وعدلك ومجلسك يقول سو بينهم وتقديره اجعل بعضهم اسوة بعض
قوله حتى لا يطمع شريف في حيفك اي في ميلك معه لشرفه ولان في هذه الاشياء
من مسارة احدهما والاشارة اليه والاقبال وتلقين الحجة تهمة فيجب على القاضي ان
لا يفعل شيئا يؤدي الى التهمة ولان في ذلك اعانة لاحد الخصمين وليس قلب الاخر ثم
الاشارة **اما** ان يكون بالراس او بالعين او بالحاجب وكل ذلك منهي شرعا
قوله ولا يضحك في وجه احدهما ذكره تفريعا على ما تقدم وكذا قوله ولا يمازح
هم ولا واحدا منهم قال في الشامل في قسم المبسوط ولو اعتراه هم او نعاس او غضب او فرح
او جوع او عطش او حاجة حيوانية كف عن القضاء لقوله عليه السلام لا يقضي القاضي
حين يقضي وهو غضبان ولانه يمنع كل واحد من هذه المعاني عن القضاء **قوله** قال
ويكره تلقين الشاهد اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة

ابي حنيفة رضي الله عنه انه كان يكره ان يلقن الشاهد قال فخر الاسلام وغيره في
شروح الجامع الصغير وتفسيره بان يقول له القاضي اتشهد بكذا وكذا وهذا قول
ابي يوسف اولا وهو القياس ثم رجع ابو يوسف عن هذا واستحسن ورخص في
التلقين في غير موضع التهمة كما اذا ترك لفظ الشهادة مثلا ذكر رجوع ابي يوسف في
اشارات الاسرار لان القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن
البيان لمهابة مجلس القضاء فكان في تلقينه احياء الحقوق فصح كالاشخاص والتكفيل
لم يكن ذلك من جنس اعانة احد الخصمين بخلاف ما اذا كان التلقين في موضع التهمة
حيث يبطل ذلك لانه اعانة مثل ما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد الشاهدان بالالف
فالقاضي لقنه بقوله يحتمل انه ابرأه عن الخمسمائة فتلقن الشاهد ذلك ووفق به
فلا يجوز اتفاقا ولهما ان تلقين الشاهد اعانة لاحد الخصمين على الاخر وما دون
التلقين مما فيه تهمة الميل حرام على القاضي فالتلقين اولى ان يحرم وصار كتلقين
الخصم فلا يجوز ذلك فكذا هذا ولان الشاهد اذا شهد بالتلقين كانت الشهادة بالتلقين
لا بالعلم فلا يجوز لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله تعالى ولا تقف ما
ليس لك به علم ولانه اذا لقنه ربما يلقنه خلاف ما عند الشاهد فيظن انه مثل ما
عنده فيشهد فلا يجوز ان يشهد بخلاف ما عنده **قوله** واستحسنه ابو يوسف تاخير
دليل ابي يوسف يدل على ان المصنف اختار قوله **قوله** قد يحصر بالصاد المهملة
من باب علم اي يعيى **قوله** بمنزلة الاشخاص يقال شخص من بلد الى بلد اي ذهب شخوصا
والشخصة غيره والمراد من الاشخاص الاعداء **فصل في**
الجنس لما كان الجنس من انواع حكم القاضي ذكره في فصل على حدة اعلم ان الجنس مشروع
لقوله تعالى او ينفوا من الارض والمراد منه الجنس عقوبة على قطاع الطريق
وروى صاحب السنن مسندا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الواجد يحل عرضه و
عقوبته قال عبد الله بن المبارك يحل عرضه اي يغلظ له عقوبته اي يحبس له وروى
صاحب السنن ايضا باسناده الى معمر عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه

حبس رجلا في تهمة وذكر الخصاف في ادب القاضي عن سلام بن مسكين ان ناسا من اهل الحجاز
اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم وروي في الفائق
وغيره ان عليا رضي الله عنه بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص ثم بنى سجنا
من مدر فسماه مخيسا ثم قال الا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا بابا حصينا وامينا
كيسا وهذا كله دليل على ان الحبس مشروع ومن جهة النظر ان القاضي منصوب
لايصال ذوي الحقوق الى حقوقهم فاذا امتنع المطلوب من اداء حق الطالب يكون للقاضي
ان يجبره على اداء الحق للطالب ولا خلاف بين الناس ان لا يجبره بالضرب فينبغي ان
يجبره عليه بالحبس والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التأني في
الامور والمكيس المنسوب الى الكيس المعروف به وامينا اي نصبت امينا يعني السجان
كذا في الفائق **قوله** قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس
غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه اي قال القدوري في مختصره وذلك لان
الحبس عقوبة لقوله عليه السلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته والعقوبة
لا تجب على احد الا بمعنى يوجد من جهته ولم يوجد فلا يجب الحبس بخلاف ما اذا
امتنع عن دفع ما عليه حيث وجد منه الظلم بالمماطلة لقوله عليه السلام مطل الغني
ظلم فاستحق الحبس قال صاحب الهداية وهذا اذا ثبت الحق باقراره يعني انما لم يعجل
القاضي بحبس الغريم اذا ثبت الدين بالاقرار لانه لا يتحقق المطل في اول مرة بخلاف
ما اذا ثبت بالبينة حيث يعجل بحبسه لان البينة انما تحتاج اليها عند الجحود والجحود
الحق يكون ظلما فيستحق الحبس كما ثبت الحق قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير
على قول الخصاف في البينة ايضا لا يحبسه في اول الوهلة وقال الامام ابو محمد الناصحي
في تهذيب ادب القاضي للخصاف واذا ثبت المال على المدعى عليه ببينة او اقرار فطلب
المدعي من القاضي حبسه فيه وامره ان يخرج اليه من حقه فان لم يفعل واعاده عليه
بيد في حبسه فان القاضي يحبسه لان هذا لفظ الخصاف بعينه في كتابه وقال
الناصحي وانما قلنا انه يتأنى لان الحبس عقوبة فلا يعجل بالعقوبة قبل ان يظهر
الامتناع

الامتناع ولانه يعلم بما يريد يمضي عليه ان لم يؤده فلعله يؤدي من غير حبس
فيكون احسن مما قلنا في النكول انه يعلمه بما يريد ان يمضي عليه فان لم يفعل و
اعاده حبسه لما روي ان النبي صلى الله عليه قال لي الواجد ظلم يحل عرضه
وعقوبته وفي بعض الروايات مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته الى هنا
لفظ الناصحي في كتابه وقال الصدر الشهيد وهذا مذهبنا وكان شريح يحبس
بالاقرار مرة احتياطا لاموال الناس قال في الاجناس قال في كتاب الاصل قال
ابو حنيفة ينبغي للامام ان يحبس في الديون قرضا كان او غصبا او ثمن مبيع او مهرا
لكن لا يحبسه في اول ما تقدم اليه ويقول ثم فارضه فان عاد اليه حبسه وهو قول
ابي يوسف ومحمد **ثم سئل** بعد حبسه عن حاله ثم الدين اذا ثبت فالقاضي لا يسئل
المدعي الذي مال ام لا بل اذا ثبت الدين يحبسه لكن اذا ثبت الدين بالبينة يحبسه في اول
وهلة واذا ثبت بالاقرار يحبسه اذا ظهر تعنته بان اعيد الى مجلسه ثانيا ولا يسئل
المدعي الذي مال الا اذا ادعى المديون العسار وطلب من القاضي ان يسئل المدعي فحينئذ
يسال المدعي فان زعم المدعي انه معسر لا يحبسه وان زعم انه موسر وزعم المديون
انه معسر ففيه اختلاف المشايخ سنذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى قال الناصحي في
تهذيب ادب القاضي قال الخصاف والصواب عندنا ان لا يحبسه حتى يسئل الكتاب
فان اقر حبسه وان قال لا قال للطالب الك بينة على ان له مالا حتى تحبسه وهو قول
الحسن بن زياد **ثم قال** الناصحي قال الشيخ ابو بكر الجصاص ان الذي ذكره الخصاف
انه لا يحبسه حتى يسال عنه لا يعرف عن اصحابنا والمشهور من مذهبهم حبسه قبل المسئلة
عن افلاسه ولا يكلف الطالب اثبات غناه حتى يحبس وانما يحبسه اولا لانه موسر
الا في المهر والكفالة لانه لم يدخل بدل متقوم في ملكه ولا زما يحصل بعقد المداينة
او الغصب او القرض في يده في الظاهر الا ان يعرف زواله ولم يعرف زوال الحكم بانه
في يده قادر على ادائه **واما** في المهر والكفالة فلم يدخل شيء متقوم في ملكه
فلم نحكم بقدرته على ادائه قال الناصحي قال ابو بكر الجصاص الذي ذكره الخصاف

من الفرق بين المهر والكفالة وسائر الديون لا نعرفه عن اصحابنا الائمة لان
الزوج والكفيل بالدخول في العقد مقر بقدرته على اداء ما التزمه فصار كسائر الديون
في وجوب الحبس به **قوله** في اول الوهلة يقال لقيته اول وهلة اي اول كل شيء **قوله**
قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع
او التزمه بعقد كالمهر والكفالة اي قال القدوري في مختصره فان امتنع الغريم
عن اداء ما عليه حبسه القاضي في كل دين وجب بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع
والقرض او وجب عليه بعقد التزمه كالمهر والكفالة ولكنه انما يحبسه اذا طلب
المدعي ذلك الا ترى لما قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولا نحبسه
عندنا في الاقرار والبينة الا عند طلب المدعي وقال شريح يحبس من غير طلبه والصحيح
من هنا لان الحبس حق المدعي فلا يستوفى الا عند طلبه كاليمين قال الشيخ ابو نصر
البغدادي في هذا الذي ذكره القدوري رواية ابن شجاع انه يحبس في ذلك ولا يقبل قوله
في الاعسار **ثم قال** وذكر الخصاف عن اصحابنا انه يحبس فيما كان بدلا عن مال
حصل في يده خاصة ولا يحبس فيما سوى ذلك والاصل في ذلك ان الاصل في الانسان
الفقر والغنى طارئ فوجب استصحاب الحال حتى يعلم حدوث ما يخالفه وما كان بدلا
عن مال فقد علم حصول الغنى به فسقط حكم الاصل ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم
زواله فلهذا لم يصدق في الاعسار وصار امتناعه ظلما فحبس لاجله **واما** ما التزمه
بعقد فوجهه ما قاله ابن شجاع انها حقوق التزمها بعقد والظاهر انه لا يلتزمها الا وهو
قادر على ادائها فاذا ادعى الاعسار يريد اسقاطها عن نفسه فلا يقبل قوله ووجه
ما ذكره الخصاف ان الحبس عقوبة يستحق بالامتناع مع الغنى فلا يجوز اثباتها بالظاهر
كسائر العقوبات فلا يقبل وحاصل المذهب عندنا ان القاضي لا يسأل المدعي الك مال
ام لا الا اذا ادعى المديون العسار فحينئذ يسأله فان قال المدعي انه معسر خلى سبيله
وان قال انه موسر وقال المديون انه معسر ففيه اختلاف المشايخ وروى الخصاف
ان القول قول المديون لانه متمسك بالاصل اذ الفقر اصل في بني ادم والغنى عارض
وقيل

وقيل ان كان الدين وجب عليه بدلا عن مال كثمن متاع او بدل قرض فالقول
قول المدعي واذا كان بدلا عما ليس بمال كالمهر ونحوه فالقول قول المدعى عليه
وانسب الخصاف هذا القول في ادب القاضي الى ابي حنيفة والى ابي يوسف لانه اذا كان
الدين بدلا عما هو مال فقد عرف دخول شيء في ملكه وقدرته على قضاء الدين بما دخل
في ملكه فكان القول قول المدعي واذا كان بدلا عما ليس بمال لم يعرف دخول شيء
في ملكه وقدرته على قضاء الدين فبقي متمسكا بالاصل انه معسر فيكون القول قوله
قال والرواية محفوظة في كتاب العتاق ان احد الشريكين في العبد اذا اعتق
وزعم انه معسر كان القول قوله لان هذا الضمان وجب عليه لا بمقابلة شيء
دخل في ملكه وقال والرواية محفوظة في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت
على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الناكح انه معسر و
عليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج لان السبب الذي وجب به النفقة دينا في
ذمته لم يدخل في ملكه شيء بذلك السبب فبقي متمسكا بالاصل وقال الفقيه ابو جعفر
الهندواني ان كان الدين لزمه بمباشرة العقد فالقول للمدعي وان كان الدين
لزمه حكما لا بمباشرته العقد فالقول للمديون فان الدين متى لزمه بمباشرته فالظاهر
من حال الانسان انه لا يشرع في امر لا يقدر عليه ولا يمكنه الوفاء به فيكون ذلك
دليلا على انه قادر على القضاء فاذا ادعى انه عاجز لا يقبل قوله **فاما** اذا كان
الدين لزمه حكما لا بمباشرة عقد من جهته فلم يوجد دلالة على انه قادر على
قضاء الدين فكان القول قوله في مسئلة العتاق ومسئلة النفقة بسبب
النكاح لان ذلك ليس بدين بل هو صلة فان النفقة تسقط بالموت ومن العلماء من قال
من تحكم فيه الزي ان كان يتزيا بزي الفقراء كان القول قول المديون وان كان بزي
الاغنياء كان القول قول الطالب لان ذلك علامة ودليل الا في حق العلوية و
الفقهاء فانهم يتكلفون في لباسهم حتى لا يذهب ماء وجههم مع حاجتهم فلا يكون الزي
دليلا وعلما على اليسار في حقهم فان كان على المطلوب زي الفقراء وادعى الطالب

انه غير زيه وقد كان عليه زي الاغنياء قبل ان تحضر مجلس القاضي فان القاضي يسئله
البينة ان اقام البينة على انه كان عليه زي الاغنياء قبل ذلك سمع منه البينة وجعل
القول قوله وان لم يمكنه اقامة البينة تحكم زيه في الحال وتجعل القول قول المطلوب
كذا في شرح ادب القاضي **قوله** والمراد بالمهر معجلة دون مؤجلة وذلك لان العادة
جارية بتسليم المعجل فكان الاقدام على النكاح دليلا على القدرة والوفاء بالمعجل
فلا يقبل قوله انه معسر قال فخر الاسلام البزدوي في هذا في المعجل **فاما**
اذا طلبت المرأة المؤجل في المهر بعد ما بنى بها فان القول قول الزوج في عسرته
لانه لا دلالة ههنا على القدرة منه على ادائه **فاما** في النفقة فان القول
قول الزوج في انه معسر في نفقة بر النفقة **قوله** قال ولا يحبسه فيما سوى
ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا اي قال القدوري في مختصره
لا يحبس القاضي الغريم اذا قال اني فقير في غير ما وجب عليه بدلا عن مال او التزم
بعقد الا اذا اثبت المدعي ان له مالا فحينئذ يحبسه وانما لا يحبسه فيما سوى ذلك
من بدل الغصب وارش الجناية ونفقة الزوجات لان الاصل في بني ادم هو
الفقر ولم يوجد دليل الغناء فلم يستحق الحبس الذي هو العقوبة لعدم الظلم
بخلاف ما اذا ثبت بالبينة ان له مالا حيث يجب حبسه لوجود الظلم قال عليه السلام
مطل الغني ظلم **اما اذا** اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعى عليه البينة
على الاعسار فالبينة بينة المدعي كذا في الذخيرة لانهم شهدوا بامر لم يعرفه شهود
المديون **قوله** ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك في
ثمن المبيع والمهر وغير ذلك وهذا قول الخصاف وقد مر بيانه قبل هذا **قوله**
ويروى ان القول اي لمن عليه الدين الا فيما بدله مال يعني ان القول فيما بدله
مال للمدعي ونسب الخصاف هذا القول الى ابي حنيفة والى ابي يوسف وقد مر بيانا
قوله والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين واراد بالمسئلتين مسئلة
النفقة ومسئلة اعتاق العبد المشترك ففيهما القول قول الزوج والمعتق في
الاعسار

الاعسار واراد بالقولين الاخيرين قوله ويروى ان القول لمن عليه الدين
في جميع ذلك وقوله ويروى ان القول له الا فيما بدله مال **قوله** والتخريج
على ما قال في الكتاب اي تخريج مسئلة الانفاق والاعتاق على ما قال في مختصر
القدوري حيث جعل القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد ومع
وجود الالتزام لم يكن القول للمدعي في المسئلتين فاجاب عنه وقال
ان النفقة ليس بدين مطلق بل هو صلة يسقط بالموت فلو كان دينا مطلقا
لم يسقط الا بالاداء او بالابراء وكذلك الاعتاق فان المريض اذا اعتق في
مرض موته عبدا مشتركا لا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة فاذا لم يكن دينا
مطلقا لم يستدل بوجوبه وثبوته على انه قادر على القضاء بخلاف الديون
المطلقة فانه لما التزمها دل ذلك على انه قادر على القضاء فاذا ادعى
العجز بعد ذلك لا يسمع **قوله** اذ ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول
من عليه اي ثبت المال بالبينة فيما كان القول قول المديون اي في غير ما وجب
بدلا عن مال او التزمه بعقد كما في بدل الغصب وارش الجناية **قوله** يحبسه شهرين
او ثلثة هذا رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة وروى الحسن
عن ابي حنيفة ان التقدير فيه باربعة اشهر على قياس مدة الايلاء وذكر الطحاوي
ان التقدير فيه بشهر لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم
العاجل فصار ادنى الاجل شهرا والاقصى لا غاية له فقدرناه بشهر واحد هكذا ذكر
اختلاف الرواية شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي **ثم** قال في الحاصل
انه ليس فيه شيء موقت يتقدر بمقدار لازم بل الامر مفوض الى راي القاضي فان مضى
اربعة اشهر ووقع له انه متعنت يستديم حبسه وان كان دون ذلك بان كان شهرين
او شهرا او دونه ووقع انه عاجز لا مال له اطلقه من السجن وقال الناصحي في تهذيب
ادب القاضي قال ابو حنيفة ابو يوسف محمد يحبسه شهرين او ثلثة وفي رواية
محمد يقدر فيه اربعة اشهر وفي رواية الحسن ستة اشهر **ثم** قال ونحو ذلك على راي

القاضي وقال الصدر الشهيد في شرحه لأدب القاضي وقال شمس الأئمة الحلواني ما قاله
الطحاوي أرفق الأقاويل وقال في شرح الأقطع في رواية الحسن ما بين أربعة أشهر إلى ستة
أشهر **ثم قال** والتقدير بما ذكر هذا غير معتبر بل هو مردود إلى رأي القاضي والمقصود ربما
لحبس أن يضجر فيظهر ماله إن كان له مال وهذا أمر يختلف باختلاف الناس فوقع على
اجتهاد القاضي فيه وقال في خلاصة الفتاوى وفي رواية الطحاوي ستة أشهر ولنا
فيه نظر **قوله** ثم يسأل عنه أي يسأل القاضي بعد الحبس عن حال المحبوس جيرانه وأهل
الخبرة بذلك أنه موسر أو معسر قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير
فإذا شهد عنده شاهدان من أهل الشهادة أنه موسر قادر على قضاء الدين أبّد
الحبس بظلمه وإن قالا إنه معسر ضيق الحال كثير العيال أطلقه لقوله تعالى فإن كان
ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة فإن رأى القاضي أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس فله ذلك
ثم البينة على الإفلاس يقبل بعد حبسه بالإجماع **أما إذا قامت البينة** على إعساره
والإفلاس قبل الحبس ففيه روايتان في إحدى الروايتين يقبل وبه كان يفتي الشيخ الإمام
أبو بكر محمد بن الفضل وفي رواية أخرى لا يقبل ما لم يحبس وعليه عامة المشايخ وإليه ذهب
شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي وهو الأصح **قوله** ليفيد هذه الفائدة أراد
بهذه الفائدة ظهور ماله لو كان **قوله** وينظر غير ذلك أي غير الشهرين إلى الثلاثة **قوله**
لاختلاف أحوال الناس فيه أي في الحبس لأن بعض الإنسان يضجر بالحبس في مدة قليلة ما
لا يضجر الآخر في مدة كثيرة فكان الرأي في ذلك إلى القاضي **قوله** فإن لم يظهر له مال
خلى سبيله هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يحول بينه وبين غرمائه قال صاحب
الهداية يعني بعد مضي المدة أي خلى سبيله بعد مضي المدة التي رآها القاضي أو اختارها على
ما اختار بعض المشايخ كالشهرين ونحو ذلك والمفهوم من كلام صاحب الهداية أعني من
قوله بعد مضي المدة أنه لا يخليه ما لم تمض المدة وليس كذلك فإن أصحابنا ذكروا في
نسخ أدب القاضي وقالوا إذا ثبت إعساره أخرجه من الحبس لأن الله تعالى قال وإن كان
ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وقال عز وجل لا يكلف الله نفسا إلا وسعها **ثم إذا** خلى سبيله
بعد ثبوت

بعد ثبوت إفلاسه هل يمنع القاضي صاحب الحق ملازمته أم لا وعلى ظاهر الرواية لا يمنعه
قال الناصحي في تهذيب أدب القاضي قال ابن كاس في أدب القاضي قال أبو يوسف
ومحمد إذا صح أنه معسر فلا سبيل إلى لزومه وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب
القاضي للخصاف وعلى قول إسمعيل بن حماد ليس للمدعي أن يلازمه ولكن
يأخذ المدعي من الخصم كفيلا لأن مال الله غاد ورائح وربما يظهر له مال فلو لم
يأخذ منه كفيلا يفوت ذلك المال ويخرج من يده فلا يتوصل المدعي إلى حقه كما في الابتداء
إذا ادعى عليه حقا له أن يأخذ منه كفيلا ليتمكن من الوصول إليه بكفيله وإذا امتنع عن إعطاء
الكفيل في الابتداء فإنه يلازمه كذلك هنا يطالبه بالكفيل فإن أبى يلازمه وجه قول أبي
يوسف ومحمد أن الله تعالى قال فنظرة إلى ميسرة ولأنه لما لم يقدر لم يلزمه الأداء
في الحال فصار كالديون المؤجلة ووجه الظاهر قوله عليه السلام لصاحب الحق
اليد واللسان فسروا اليد بالملازمة واللسان بالتقاضي ولأن نفس الإعسار لا يوجب
إسقاط الحق عن المطلوب والجواب عما قال إسمعيل إن الغريم لو امتنع من إعطاء الكفيل كان
للمدعي أن يلازمه ولو لم يكن له حق الملازمة لم يلازمه إذا امتنع من إعطاء الكفيل
كما في الدين المؤجل إذا أجله صاحب الدين لم يكن له أن يلازمه **قوله** وهذا الكلام في
الملازمة أي قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه أي لا يمنعهم القاضي عن ملازمة المديون
كلام في أن للغرماء ولاية الملازمة للمديون بعد تخليته من الحبس أم لا ففيه اختلاف
والمراد من الملازمة الطواف معه أين طاف حتى يأخذ فضل كسبه في المطالبة وهذا
هو الجواب عن احتجاجهما بالآية أعني عن قوله تعالى فنظرة أي نظرة في المطالبة
قوله وسنذكره في كتاب الحجر في باب الحجر بسبب الدين عند قوله ولا يحول
بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من البيع والتصرف
والسفر إلى قوله وقالا إذا فلسه الحاكم حال بينه وبين الغرماء إلا أن يقيموا البينة أن
له مالا **قوله** وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فإنه يحبسه ثم يسأل
عنه وإنما ذكر رواية الجامع الصغير دفعا لوهم التناقض بين رواية القدوري

وهذا لانه روى لفظ القدوري في اول الفصل بقوله واذا ثبت الحق عند القاضي و
طلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه ثم قال وهذا اذا ثبت الحق
باقراره ولفظ الجامع الصغير يدل على جواز الحبس متصلا بالاقرار ومن هذا نشأ
فدفع ذلك الوهم بقوله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت
مماطلته يعني مراده محمل فيما اذا ثبت الحق بالاقرار ثم ثبتت المماطلة فترافعا الى
القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الاقرار فاندفع ذلك الوهم **قوله** والحبس اولا ومدته
قد بيناه اي الحبس المذكور لاجل السؤال في الجامع الصغير في قوله يحبسه ثم يسأل عنه قد
بيناه ذلك قبل هذا في رواية القدوري عند قوله يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه و
بينا مدة الحبس اعني الاختلاف المذكور فيها فلا حاجة الى الاعادة **قوله** قال
ويحبس الرجل في نفقة زوجته اي قال القدوري في مختصره وقال شمس الائمة في شرح
كتاب النفقات للخصاف وان فرض لها القاضي فسألت حبسه بذلك لم يحبسه
القاضي لان الحبس عقوبة فلا يستحق الا بالظلم وذا لا يظهر الا بالمنع بعد الوجوب ولم
يوجد وان قدمته في اليوم الثاني وطلبت حبسه حبسه القاضي لانه ظهر ظلمه فيحبس وان
كان مقدار النفقة يسيرا بان كان درهما او دانقا اذا راى القاضي ذلك **قوله** ولا
يحبس والد في دين ولده هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا اذا امتنع عن
الانفاق عليه وذلك لان الحبس عقوبة والابن لا يستحق العقوبة لاجل والده كالحدود
القصاص يؤيده قوله تعالى ولا تقل لهما اف بيانه ان التأفيف لما كان حراما لمعنى
الاذى كان الحبس حراما بالطريق الاولى لان العقوبة بالحبس في الاذى فوق التأفيف
واما اذا امتنع من الانفاق على ولده حبس دفعا للهلاك عن الولد ولانه لا يمكن
تداركه الا بالحبس لانه يسقط بمضي الزمان وليس هذا كسائر الديون التي لا يسقط بمضي
الزمان ونظيره ما قال في المرأة اذا امتنعت من الوطء تضرب لانه معنى يفوت بمضي الزمان
ولا يمكن استيداركه الا بالضرب وختم الفصل بمسألة ذكرها في الفتاوى الصغرى المحبوس
اذا سأل عنه القاضي بعد ما مضى الزمان فاخبر انه موسر ابد الحبس وان اخبر انه معسر
خلي

خلي سبيله وخبر الواحد العدل الثقة يكفي والاثنان احوط ولا يشترط لفظة الشهادة هو
نقلها عن باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام خواهر زاده **باب**
كتاب القاضي الى القاضي لما كان كتاب القاضي الى القاضي من
انواع ما يتعلق بالقضاء ذكره في باب على حدة ولكنه اورده عقيب فصل السجن
لان ذلك يتم بقاض واحد وهذا يتم باثنين والواحد قبل الاثنين **قوله** قال
ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده اي قال القدوري
في مختصره واراد بالحقوق الحقوق التي تثبت مع الشبهات ولا يحتاج الى الاشارة
اليه وقوله شهد على صيغة المبني للمفعول والضمير في به راجع الى كتاب القاضي
وفي عنده راجع الى القاضي المكتوب اليه قال في الاجناس قال في ادب القاضي الاصل ان
لا يكتب القاضي الى القاضي فيما ينقل ويحول مثل العبد والدابة والثوب ويكتب
في العقار ويتبع شهادة الشهود على ذلك اذا بين حدودها الاربع وقال ابو حنيفة
لو كتبت في العبد لكتبت في الناقة وفي الحمار وهن لا اكتب فكذلك في العبد
في جعل الابق قال ابو يوسف اكتب في العبد وفي الجارية لا يكتب في قولهم وقال
ابو يوسف في ادب القاضي املاء رواية بشر بن الوليد في الجارية يكتب الى هنا لفظ كتاب
الاجناس وقال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي وروي عن ابي يوسف في
النوادر انه قال يجوز في جميع العروض وبه اخذ مشايخنا المتأخرون و
قال في شرح الطحاوي وقال ابن ابي ليلى يقبل في جميع ذلك اي يقبل كتاب
القاضي الى القاضي في المنقول وغيره ثم قال فيه والفتوى على هذا لتعامل
الناس والاصل في جواز قبول كتاب القاضي الى القاضي ما روى الامام ابو بكر
احمد بن عمرو الخصاف في ادب القاضي قال حدثنا عبد الله بن محمد قال
حدثنا عيسى بن يونس عن عبيدة عن ابراهيم النخعي قال كتاب القاضي الى القاضي
جائز وقال الخصاف حدثنا حميد بن عبد الرحمن عن الحسن بن صالح عن
عيسى ابن ابي عزة عن عامر الشعبي انه كان يجيز الكتاب المختوم يرده من القاضي ولات

الكتاب يقوم مقام الخطاب بدليل كتاب الله تعالى وقد كتب رسول الله صلى الله عليه
الى الملوك وقام مقام الخطاب في اللزوم ولزمنا اوامر الله تعالى ولو ان قاضيا قال
لقاض آخر ان هؤلاء الشهود شهدوا عندي بكذا فانه يقبل ويقضي به اذا كان في
موضع ينفذ قضاء كل واحد منهما فيه كذلك هذا وانما قلنا انه يجوز ان يسمع البينة
مع غيبة المدعا عليه لان القاضي يسمع هذه الشهادة لينقلها الى القاضي الثاني
لا للقضاء بها فجاز مع غيبته كالشهادة على الشهادة يجوز مع غيبة المشهود عليه كذلك
هذا ولان الضرورة داعية الى قبول الكتاب لانه يجوز ان يكون شهود صاحب الحق
في موضع والمدعى عليه في موضع آخر ولا يمكنه الجمع بين الشهود والمدعى عليه فيضيع الحق
لاجل هذه الضرورة جوزنا كتاب القاضي الى القاضي لكن بشرائط ان يكون مختوما معنونا
في داخله وخارجه مع شرائط اخر يذكرها بعد قال الخصاف في ادب القاضي حدثنا
الحكم بن مروان الضرير قال حدثنا الحسن بن صالح بن حي عن عيسى عن الشعبي انه كان
يجيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة وقال الخصاف ايضا حدثنا عبد الله بن محمد قال
حدثنا معاذ عن عمر بن ابي زائدة او عمير قال جئنا بكتاب من قاضي الكوفة الى
اياس بن معوية بخبيث وقد عزل اياس واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم
يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من اهل البصرة
بخمسمائة درهم فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الى زياد فقل له ارسل الى
فلان بن فلان فخذ منه خمسمائة درهم وادفعها الى هذا فذهب ففعل **قوله** على ما بين
اشارة الى قوله بعد هذا المسائل الحاجة الى اخره **قوله** فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكتب بحكمه وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم
وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه الى هنا لفظ القدوري رحمه الله وذلك
لان الشهادة لا تصح الا على خصم فاذا كان الخصم حاضرا حكم عليه لوجود الحجة وكتب
بحكمه الى القاضي وهذا الكتاب يسمى سجلا واذا لم يكن الخصم حاضرا يسمع الشهادة
ولا يحكم بها ويكتب بما يسمعه من الشهادة الى القاضي حتى يحكم القاضي المكتوب اليه
بذلك

بن معاذ

بذلك اذا ثبت عنده انه كتاب القاضي الكاتب وهو بمنزلة نقل الشهادة وهذا
الكتاب الى القاضي يسمى الكتاب الحكمي لانه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب اليه **قوله**
وتختص بشرائط اي تختص كتاب القاضي الى القاضي بشرائط وهي ان يكون الكتاب
من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم اعني ان يكون القاضي الكاتب معلوما
والقاضي المكتوب اليه معلوما والمدعى به معلوما والمدعي معلوما والمدعى عليه
معلوما **قوله** وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه
دونها اي في العبد دون الامة لمست الحاجة الى قبول الكتاب في العبد دون
الامة **قوله** وعنه انه يقبل فيهما اي في العبد والامة وهي رواية بشر بن الوليد وقد
مر آنفا **قوله** بشرائط تعرف في موضعه وموضعه كتاب الاباق من المبسوط واراد بها
بيان حلية العبد وصفته ونسبة الذي اخذه والختم في عنقه واخذ الكفيل وحاصله
ما قال في شرح الطحاوي وانما يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الدين والعين الذي
لا يحتاج الى الاشارة اليه كالدار والعقار **واما** المنقول الذي يمكن الاشارة اليه
لا يقبل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف مثل ذلك الا في العبد والابق اذا ابق
فاخذ في بلدة فاقام صاحبه البينة عند القاضي ان عبده اخذه فلان في مصر كذا و
شهد الشهود على الحليه فيجب عليه ان يكتب الى ذلك القاضي انه قد شهد الشهود عندي
وذكروا ان عبدا صفته كذا اخذه فلان بن فلان وانه لفلان ابن فلان وينسبهما الى ابيهما
والى فخذيهما ويقطع الشركة بينه وبين الاخر ويكتب العنوان في الداخل والخارج اسمه
واسم المكتوب اليه ونسبهما والعبرة للداخل لا للخارج فاذا جاء الكتاب
وشهد الشهود على ذلك يسلم العبد ويختم في عنقه واخذ منه كفيلا ثم بعث به
الى القاضي الذي كتب اليه حتى يشهد الشهود عليه بعينه عنده ثم يكتب له كتابا اخر على
ذلك الى القاضي الذي كتب اليه اول مرة فاذا ثبت عنده قبله وقضى به وسلم
العبد الى الذي جاء به بالكتاب وابرأ كفيله الى هنا لفظ شرح الطحاوي وهذا الكتاب
بهذه الشرائط يكتب كذلك في الامة ايضا على رواية قبول الكتاب في الامة وهو معنى

قوله يقبل فيهما بشرايط يعرف في موضعه قال في خلاصة الفتاوى لو كتب اسم القاضي
الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم القاضي المكتوب اليه ونسبه ولكن كتب الى من يبلغ كتابي هذا من
قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز وابو يوسف وسع واجاز وعليه عمل الناس اليوم
واجمعوا انه لو كتب اسم المكتوب اليه ونسبه ثم كتب والى كل من يصل اليه كتابي هذا من
قضاة المسلمين وحكامهم جاز فان كل قاض وصل اليه عمل به ولو لم يكتب في الكتاب
التاريخ لا يقبله وان كتب فيه تاريخا ينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت ام لا
ولا يكتفى بالشهادة اذا لم يكن مكتوبا وكذا لو انه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم
بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على اصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لم يعمل به الى هنا لفظ الخلا
صة وقال في شرح الطحاوي وكتاب القاضي الى القاضي في حقوق الناس
من العتاق والطلاق وغيرها جايز الا في الحدود والقصاص لان كتاب القاضي الى القاضي
بمنزلة الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص لا يقبل
وقال في خزانة الفقه ويجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين او من قاضي مصر
الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي الرستاق الى قاضي مصر وقد كتبت هذه المسايل تكثيرا
للفوايد **قوله** قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين اي
القدوري في مختصره اي لا يقبل القاضي المكتوب اليه كتاب القاضي اليه الا بحجة
تامة وهي شهادة رجلين او رجل وامراتين قال في شرح الطحاوي اذا اتى كتاب
القاضي الى القاضي فانه لا يقبل حتى يشهد الشهود انه كتابه وخاتمه وانه قراه عليهم
وشهدوا على اسمه ونسبه ثم يقراه على الشهود بحضرة من المكتوب له وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وختمه جاز وان لم يشهدوا
على ما في جوفه ولكن كل على هذا الاختلاف قال ابو يوسف في الاملاء اذا لم يكن
الكتاب مختوما لم يجز عند ابي حنيفة سواء شهد الشهود او لم يشهدوا وعند ابي
يوسف ان شهدوا على ما فيه جاز الى الاملاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال في
شرح الاقطع وقد كان الشعبي يقبل الكتاب من غير شهادة والصحيح ما قلنا
لان

لان الخط يشبه الخط فلا يؤمن من التزوير على القاضي فيحتاط فيه كما في الشهادة ولان
القاضي لا يعمل بخط نفسه اذا وجده في قمطره وتحت ختمه اذا لم يتذكر فلان لا يعمل
بخط غيره بلا حجة اولى واحرى فلما كانت الشهادة واجبة قلنا انه حق لا يسقط
بالشبهة وهو مما يطلع عليه الرجال فيشترط فيه رجلان او رجل وامراتان كما في سائر
الحقوق **قوله** وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي اي رسول
المزكي الى القاضي فانه يقبل منه بلا اشتراط الحجة لان التزكية ليست بملزمة لان
الالزام يكون بالشهادة لا بالتزكية لان القضاء يكون بالشهادة لا بالتزكية وانما
شرعت التزكية لترجح جانب الصدق على جانب الكذب فلا يكون ملزمة شيئا الا
ترى انه لو قضى بدون التزكية جاز وكذلك كتاب اهل الحرب ليس بملزم ولا يشترط
الحجة بعد قبوله لان الامام بالخيار ان شاء اعطى الامان وان شاء لم يعطه وكتاب القاضي
ملزم فانه يجب على القاضي ان ينظر وان لم يعمل به كذا قال شمس الايمة السرخسي في
شرح ادب القاضي **قوله** قال ويجب ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم يعني يجب على
القاضي الكاتب ان يقرا الكتاب على الشهود حتى يقع لهم المعرفة بما فيه لان علم الشهود بما
في الكتاب شرط عند ابي حنيفة ومحمد وحصول العلم لهم بطريقين اما بالقراءة
عليهم واما بالاخبار بما في الكتاب ثم تختم الكتاب بحضرة الشهود ويسلم الكتاب
الى الشهود وهذا رواية القدوري وهو خلاف ما ذكر في ادب القاضي لانه قال ثمة
يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي الا ترى الى ما قال الامام الناصحي في
تهذيب ادب القاضي للخصاف وهو لفظ الخصاف ايضا في كتابه ويقرا الكتاب على الشهود
الذين يشهدهم عليه ويدفع اليهم نسخة تكون معهم ويختم الكتاب بحضرتهم ويشهدهم ان
هذا كتابه الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وهذا خاتمه ثم يدفع الكتاب
الى الطالب وان قرا الكتاب عليهم وهم لا يحفظون ما فيه وليس نسخته معهم ولم يختمه
بحضرتهم لم يجز ذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجوز وان لم يقرا عليهم ولم يشهدهم

الخلفاء

لما يحتج بعد ان يشهد وا ان هذا كتابه وخاتمه و يقبله القاضي الثاني الا ترى
ان الخلفاء انما يقبلون كتب القضاة بغير بينة ثم قال الناصحي وقول محمد مثل قول
ابي حنيفة هكذا ذكره بن كاس في ادب القاضي وابو بكر الرازي وقول ابن ابي ليلى
مثل قول ابي يوسف وجه قول ابي حنيفة ومحمد انهم يشهدون بما في الكتاب ولا يعلمونه
فلم يجز قال تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولان الحكم يتعلق بما في
باطن الكتاب فوجب ان يشهدوا عليه ووجه قول ابي يوسف وابن ابي ليلى انهم
يشهدون على الكتاب والختم وهو معلوم لهم فجازت شهادتهم وان لم يعلموا ما
فيه كما لو اشهدوا على صرة ولم يعلموا وزن ما فيه فانه يجوز ولان باطن الكتاب
موضع سر الحكام ولا يطلعون عليه غيرهم فاذا شهدوا بالكتاب والختم كفى قال
صاحب الهداية واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف واجمعوا في الشهادة على
الصكاك انه علم ما فيه شرط لصحة الشهادة **قوله** وقال ابو يوسف اخرا شيء من ذلك
ليس بشرط انما قيد بقوله اخرا لان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة انه علم ما في الكتاب
وحفظه والختم بحضرتهم شرط **قوله** قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة
الخصم وذلك لان المقصود من سماع الكتاب وقبوله الحكم بما فيه ولا يجوز الحكم بما
فيه على غير خصم فيشترط حضور الخصم وليس كذلك سماع القاضي الكاتب شهادة
الشهود حيث تجوز بغير خصم لان المقصود نقل الشهادة لا الحكم كتحمل شهود
الفرع شهادة الاصول قال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير حضور
خصم لان الكتاب تختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه
من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال الامام ابو محمد الناصحي النيسا
بوري في تهذيب ادب القاضي واذا ورد الى القاضي كتاب قاض في حق على رجل جمع
بين الذي جاء بالكتاب وبين خصمه ثم يدعو بالكتاب والشهود الذين
يشهدون على الكتاب لان هذه شهادة يقع القضاء بها فلا تسمع على غير خصم
كالشهادة على الشهادة لا تسمع الا على خصم فان شهدوا بان هذا كتاب فلان وختمه
سأله

سأله هل قرأ عليكم الكتاب وختمه بحضرتكم فان شهدوا على ذلك قبله وان قالوا
لم يقرأه علينا ولكن ختمه بحضرتنا لم يقبله وكذلك لو قالوا قرأه علينا
ولم تختمه بحضرتنا لم يقبله وكذلك لو قالوا قرأه علينا ولم يختمه بحضرتنا لم
يقبله وقال ابو يوسف يقبله في ذلك كله ولو كان العنوان من فلان ابن
فلان الى فلان او من ابي فلان الى ابي فلان لم يقبله لان مجرد الاسم
ومجرد الكنية لا يقع التعريف به فاذا لم يعرف انه المكتوب اليه لم يقبل وليس كذلك الى
القاضي ببلد كذا لان القاضي ببلد كذا يكون واحدا في الاغلب فقد عرفه باضافته
الى بلدته ولا يلزم ايضا اذا كتب الى قضاة المسلمين فانه يقبل لانه كتب الى كل قاض
منهما كتب الى واحد وهو مجهول وقال ابو يوسف يقبله اذا شهد الشهود لانه كتاب
فلان القاضي ببلد كذا اليك لانه عرف الكتاب اليه بقوله الى قاضي بلد كذا وعرف
المكتوب اليه بالاشارة اليه الا ان يكون الكنية مشهورة مثل كنية ابي حنيفة
نعم يقبل حينئذ لان المقصود وهو التعريف يحصل بدون الاسم والنسبة قال
ابو بكر الرازي في شرح ادب القاضي وكذلك النسبة الى ابيه مثل عمر ابن الخطاب
وعلي ابن ابي طالب لان الغرض من التعريف وقد حصل وذكر ابو علي عن ابي يوسف انه ان
كتب من ابن فلان الى ابن فلان لم يجز وان كان مشهورا مثل ابن ابي ليلى وابن
شبرمة وذكر ابن كاس في ادب القاضي ذلك في نسخة ابي سليمان يجوز وفي شرح
ادب القاضي لابن كاس الذي شرحه ابو علي السمرقندي ان الكنية لو كانت مشهورة
مثل ابي حنيفة يقبل على رواية ابي سليمان ولا يجوز في سائر الروايات لان الناس
يشتركون في الكنى الا ان احدهم يشتهر به فالمكتوب اليه لا يعرف ان الكاتب هو
الذي اشتهر بهذه الكنية او غيره فلا يقبل قال محمد بن الحسن لو كان على الكتاب
اسماؤهما واسما ابائهما ولم يكن ذلك في داخل الكتاب لم يقبله وذكر ابو علي
قال ابو يوسف اذا اتى بكتاب القاضي الى القاضي غيره وليس عليه عنوان
وهو مختوم بخاتمه فانه يقبله اذا شهدوا على الكتاب والخاتم فان لم يكن داخل الكتاب

اسم القاضي واسم المكتوب اليه او كان فيه اسماؤهما وليس فيه اسماء آبائهما او كتب
اسم القاضي ونسبه الى جده وعنوانه ولم يكن داخل الكتاب اسماؤهما وكناهما
لم يقبله كذا ذكر الناصحي **قوله** لم يقبله الا بحضرة الخصم اي لم يأخذ القاضي
المكتوب اليه الكتاب الا بحضور من الخصم وهو المدعى عليه وفي بعض النسخ لم
يفتكه بالكاف من الافتكاك **قوله** قال واذا سلم الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا
شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه على الخصم و
الزمه ما فيه لي قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله ولا
حاجة الى اعتبار قراءة القاضي الكاتب على الشهود لانهم لما شهدوا ان الكتاب كتابه
والختم ختمه ثبت انه كتاب القاضي الكاتب فاذا قرأه عرف ما فيه وجه قولهما ان الشهادة
بما في الكتاب فاذا لم يعرف الشهود ما في الكتاب لم يقبل شهادتهم واما اعتبار
الختم بحضرة الشهود فلانه لا يؤمن ان يزاد فيه فلم تجز ان يشهدوا بالشك
قوله على ما مر اشارة الى ما قال قبل هذا وقال ابو يوسف آخرا شيء من
ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه **قوله** ولم يشترط في
الكتاب ظهور العدالة للفتح اي لم يشترط القدوري في مختصره العدالة الفتح الكتاب
لانه قال فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه
قرأه علينا وختمه فتحه القاضي ولم يقل فاذا شهدوا او عدلوا فعلم انه لم يشترط
العدالة قال صاحب الهداية والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا
ذكره الخصاف قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف
اذا شهد الشهود على الكتاب وعلى خاتم القاضي وهو كتاب صحيح فان كان القاضي يعرف
الشهود الذين شهدوا على الكتاب بالعدالة فك الخاتم بحضرة الطالب والمطلوب و
يعمل بما فيه وينفذه وذلك لانهم لو شهدوا على الحق وقد عرفهم القاضي بالعدالة
عمل بهم ايضا ولا يحتاج الى ان يسأل وذلك لان السؤال انما يكون لظهور العدالة
فاذا

فاذا كان ظاهر العدالة فلا حاجة الى السؤال في هذا الموضع وان كان لا يعرفهم بالعدالة
لم يفك الخاتم ولكن يسأل عنهم وذلك لان الفك للخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب
لا يعمل به ما لم يظهر عدالة الشهود على الكتاب ولان العدالة متى لم تظهر احتاج
المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنه ان يزيد في شهوده اذا لم يفك القاضي
الخاتم حتى يشهدوا على ان هذا خاتم القاضي فاما اذا فك الخاتم لا يمكنهم ان يشهدوا
على ان هذا خاتم القاضي فلم يكن فيه فائدة وكان فيه ضرر للمدعي فلا يفك
الخاتم ما لم يظهر عدالة الشهود قال الناصحي فان لم يعرفوا قال القاضي زدني
شهودك لانه لم يثبت انه كتاب الحاكم فوجب ان يأتي بشهود آخرين
قوله وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات
او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله ذكر هذا تفريعا
على ما تقدم من مسائل القدوري قال ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب
القاضي للخصاف فان لم يصل الكتاب حتى مات القاضي الذي كتب او عزل
او عمي او فسق او صار بحال لا تجوز حكمه لم يقبل المكتوب اليه ذلك الكتاب لانه
خرج من ان يكون حاكما في هذه الحال فلا ينفذ الحكم بكتابه كما لو خرج شهود
الاصل من ان يكونوا من اهل الشهادة بفسق او عمى لم يجز الشهادة على شهادتهم
كذلك هذا ولو مات شهود الاصل قبلت الشهادة على شهادتهم ولو مات
القاضي الكاتب لم يقبل كتابه لان الموت لا يبطل حكم الشهادة بدليل ان الشهود
لو ماتوا قبل التعديل ثم عدلوا احكم بتلك الشهادة والموت يخرج القاضي من القضاء
بدليل انه لو سمع الشهادة ثم مات قبل التعديل ثم عدلوا عند القاضي الثاني لم
ينفذ ذلك السماع ولا فرق بين موته وعزله فاذا لم يقبل بعد العزل لم يقبل بعد
الموت **قوله** وكذا لو مات المكتوب اليه اي لا يقبله قاضي آخر لانه كتب الى غيره
وهو قد مات الا اذا كتب الى قاضي بلدة كذا فلان بن فلان بن فلان الفلاني والى
كل من يصل من قضاة المسلمين فحينئذ يقبل الكتاب بعد موت القاضي في ذلك

البلدة المكتوب اليه لان غير المكتوب اليه صار تبعا له وهو معلوم بخلاف ما اذا
كتب ابتداء من قاضي كورة كذا فلان بن فلان الفلاني الى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين حيث لا يقبل عند ابي حنيفة وعليه مشايخنا خلافا لابي
يوسف لانه مجهول ورايت في كتاب المجرد للحسن ابن زياد وان مات القاضي
الذي كتب به اليه لم ينبغ للقاضي ان يقبل منه الكتاب ولا يسمع منه اذا مات او عزل
فان قبل القاضي منه في هذه الوجوه وسمع منه وقضى به كان ذلك خطا وهو مما يختلف
فيه وينفذ ذلك وان اختصم فيه الى قاض اخر وقد قضى به انفذه لانه مما يختلف فيه
القضاة ثم قال الحسن وهذا كله قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال في شرح الاقطع قال
اصحابنا اذا مات القاضي الكاتب او عزل قبل وصول كتابه لم يقبله المكتوب
اليه وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقبل وبه قال الشافعي رحمه الله وقال فيه ايضا
قال ابو حنيفة وزفر اذا انكسر ختم القاضي لم يقبله المكتوب اليه وقال ابو يوسف
يقبله **وجه** قولهما ان كسر الختم يوجب تهمة فيما شهد به الشهود لجواز ان يكون
زيد فيه فلم يقبل مع التهمة وهذا اذا لم يحفظوا ما فيه وعلى قول ابي يوسف
قد وقعت الشهادة على الكتاب وما فيه يعلم بالقراءة فلم يؤثر كسر الختم فيه ونقل
الناطفي في الاجناس عن نوادر هشام قال ابو يوسف ان عزل القاضي او مات
وهو المكتوب اليه ثم تقدم الخصم الذي عليه المال الى القاضي الذي كتب الكتاب وقد غابت
بينته واحتج المكتوب له بكتابه عليه قال اقضي بذلك عليه لانهم شهدوا عندي على
رجل غائب حتى يحضر بينة ثانية على خصمه وهو حاضر لكن لو كان وصل الكتاب الى
القاضي الذي كتب اليه بذلك كان الكتاب بمنزلة الشهود وقد كان ابو يوسف
ابتلي بهذا مرة **قوله** ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه
ذكره تفريعا ايضا يعني لو مات الخصم وهو المدعى عليه قبل وصول كتاب القاضي
الى القاضي ينفذ القاضي المكتوب اليه الكتاب على وارث الخصم **قوله** ولا يقبل كتاب
القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان

لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لان كتابه ينقل شهادة
الاصول كما ان شهود الفرع ينقلون بعبارتهم شهادة الاصول ثم الشهادة على
الشهادة لا تجوز في الحدود والقصاص فكذلك كتاب القاضي فيهما لان فيه شبهة
البدلية والحدود والقصاص يسقط بالشبهات ولان الكتاب قد يزور لان الخط
قد يشبه الخط فيتمكن نوع شبهة ونختم الباب بما ذكره الحسن في المجرد من صورة
كتاب القاضي الى القاضي وهي قوله من فلان قاضي كورة كذا الى فلان
فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني احمد اليك الله الذي لا اله الا هو اما
بعد فان رجلا اتاني يقال له فلان ابن فلان وذكر ان له على رجل في كورة كذا حقا
فسألني ان اسمع من بينته واكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فاتاني
بعدة منهم فلان وفلان وفلان وتحليهم ونسبهم فشهدوا عندي ان لفلان
ابن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما دينا حالا و
سألني ان احلفه ما قبض منها شيئا ولا اقبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها
فاحلفته فحلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي شهدت
به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا احاله ولا قبضه له قابض وانه له عليه
فسألني ان اكتب له اليك بما يستقر عندي فكتبت اليك بهذا الكتاب واشهدت
عليه شهودا انه كتابي وخاتمي وقراته على الشهود قال ويطوى الكتاب
ويختم عليه ويختم الشهود عليه فهو اوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان
القاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا اتى به المدعي القاضي
الذي بالكوفة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا
ينبغي له ان يسمع من بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا احضره واقر انه فلان بن
فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فاذا انكر قال له جئني بالبينة ان هذا فلان
ابن فلان الفلاني فاذا جاء ببينته وعدلوا اسمع من بينة المدعي على ان هذا كتاب
القاضي الذي ذكر فيقول لهم اقرؤا عليكم ما فيه فاذا قالوا قد قراه علينا و

اشهدنا ان هذا كتابه ثم ختمه وقال هذا خاتمي فاذا اسمع منهم لم يكسر الخاتم
حتى يسئل عنهم فاذا عدلوا لم يكسر الخاتم حتى يحضر الخصم فاذا حضر الخصم كسر
الخاتم وقرأ عليهم وعلى الخصم ما في الكتاب فان قال الشهود نعم قد اشهدنا
على ما فيه على ما قرأ علينا سال الخصم عما شهد به عليه فان اقر الزمه اياه وان انكر
قال الك حجة والا قضيت عليك بما فيه فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له
حجة قبل حجته وان قال لست انا فلان الذي شهد عليه المال قال له هات بينة
ان في هذه الصناعة او القبيلة رجلا ينسب بمثل ما ينسب اليه والا الزمتك ما
شهد به فان جاء ببينة على ان في تلك القبيلة او الصناعة من ينسب بمثل ما نسب
اليه ابطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة ولا الصناعة احد على اسمه واسم
ابيه قضى عليه الى هنا لفظ كتاب المجرد هذا اخر الدفتر العاشر من كتاب
غاية البيان في شرح الهداية كتبه مؤلفه الفقير الى الله تعالى
ابو حنيفة امير كاتب ابن امير عمر العميد المدعو بقوام الفارابي
الاتقاني في السادس والعشرون من جمادى الاخرة من سنه
اربعين وسبعمائة ببغداد في الجانب الشرقي منه ويتلوه في الحادي عشر
فصل اخر قال وتجوز قضاء المراة في كل شيء الا الحدود
والقصاص ان شاء الله تعالى حرره اضعف عباد الله واوثقهم الى جميل
لطفه وجليل كرمه العارف بذنبه خليل بن حسن
ابن يعقوب يوم الخميس سابع عشرين شوال من شهور سنة ثلاثة
وسبعين وسبعمائة بمدينة حلب المحروسة من نسخة المؤلف رحمه الله رحمة واسعة واسال الله تعالى
المجيب الذي لا تخيب ان يرزقه العفو والعافية وحسن العاقبة والاكرام بحرمة محمد صلى الله
وصحبه اجمعين صلى الله تعالى عليه وعلى آله وصحبه اجمعين وصلى الله على جميع الانبياء والمرسلين والملائكة المقربين واهل الطاعة اجمعين
وحشرنا معهم وفي زمرتهم بلطفه وكرمه وواسع طوله وسابغ نواله انه جواد كريم
رؤوف رحيم

بسم الله الرحمن الرحيم يا الهي يسر
فصل اخر قال وتجوز قضاء المراة في كل شيء
الا في الحدود والقصاص وهذه من مسائل القدوري اعلم اولا ان كتاب
القاضي الى القاضي اذا كان سجلا يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا
كان في محل مجتهد فيه واذا كان كتابا حكميا فله الخيار بين الامضاء والرد فلما كان
كذلك احتاج الى بيان تعداد محال الاجتهاد بذكر اصل يجمعها فعقد هذا الفصل
لبيان ذلك وما يلحق به قال الامام العتابي في شرح الجامع الكبير امراة قلدت
القضاء فقضت في الاموال صح لانها تصلح شاهدة في باب المال فتصلح قاضية
ولو قضت بالحدود والقصاص وامضاه قاض اخر يرى جوازه نفذ بالاجماع لان
نفس القضاء مجتهد فيه فان شريحا كان يجوز شهادة النساء مع رجل في الحدود و
القصاص وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وقضاء المراة فيما
سوى الحدود جائز لان شهادتها فيه مقبولة وفي الحدود يتوقف قضاؤها لان
الناس اختلفوا في جواز شهادتها في الحدود فاجاز ذلك شريح وبشر فكان
القضاء مجتهدا فيه وليس بمقابلة ذلك نص قاطع والمروي عن الزهري مضت السنة
من رسول الله والخليفتين من بعده ان لا يقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص
ليس بنص بل هو ما دل يحتمل الحمل على حال الانفراد بان لم يثبت شهادتهن عند
الانضمام الى الرجال بدليل مقطوع فكانت لهن على قولها ولاية في الجملة شهادة ولو
قضى القاضي في الحدود بشهادة رجل وامراتين نفذ قضاؤه وليس لغيره ابطاله
لانه قضى في فصل مجتهد فيه وليس نفس القضاء هنا مختلفا فيه الى هنا لفظه
رحمه الله **قوله** وقد مر الوجه اشارة الى ما قال قبل هذا الفصل بخطوة وهو
قوله لان فيه شبهة البدلية **قوله** وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان
يفوض اليه ذلك وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الشيخ ابو المعين في شرح
الجامع الكبير لا يجوز استخلافه الا اذا فوض السلطان اليه ذلك لانه استنابة القضاء

بالاذن في حق ما لم يؤذن به بقي على ما كان قبل الاذن ويجوز استخلافه بعد ما فوض اليه
لانه ملك ذلك باذن السلطان كما ملك القضاء بنفسه بين الناس واعتبر هذا بالوكيل
بالبيع اذا وكل غيره بخلاف المستعير حيث كان له ان يعير لان المنافع تحدث على ملكه
فيملك تمليكه ذلك من غيره فكان متصرفا بحكم الملك بخلاف ما نحن فيه فانه يتصرف بحكم
الاذن فيملك بقدر ما اذن له قال وعن مشايخنا عن هذا وقالوا من قام مقام غيره
لغيره لا يكون له ان يقيم غيره مقام نفسه كما في الوكيل والمودع وغير ذلك ومن قام مقام
غيره لنفسه كان له ان يقيم غيره مقام نفسه وفقهه ما بيناه ثم قال فلو ان القاضي
الذي لم يؤمر بالاستخلاف امر غيره ليقضي فقضى ثم اجازه القاضي ينظر ان كان
هذا المستخلف ممن يصلح ان يكون قاضيا صحت الاجازة والا فلا وبيانه فيما قال
العتابي فان قوله للخليفة ذلك نفي المأمون بين اثنين فاجازه القاضي جاز ان كان
المأمور من اهل القضاء وان كان محدودا في قذف وتاب جاز امضاؤه وان كان صبيا او
عبدا او نصرانيا لم يجز امضاؤه ولا يرد على هذا الوصي فانه يملك التفويض الى غيره
توكيلا وايصاء لانا نقول ان الوصاية بعد الموت ثم انما يعجز الوصي
عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات حينئذ لا يمكن الرجوع الى رايه فجاز الاستعانة
بالغير لانه وقال ابو حفص محمد بن محمود الاستروشني في كتاب الفصول القاضي اذا لم
يكن ماذونا في الاستخلاف فاستخلف غيره لا ينفذ قضاء خليفته سواء كان الاستخلاف
في صحته او مرضه او سفره وان استخلف غيره باذن الامام يكون خليفته قاضيا من
جهة الامام حتى لا يملك القاضي عزله الا اذا قال له الخليفة ولي من شئت حينئذ يملك عزله
بخلاف المأمور باقامة الجمعة فان له ان يستخلف غيره وان لم ياذن له الامام وكذا
الوصي يملك التفويض الى غيره وان لم ياذن له الموصي وتمام هذا في المحيط واذا لم يكن ماذونا
بالاستخلاف فاستخلف وحكم خليفته في مجلس القاضي بين يديه جاز كالوكيل بالبيع
اذا وكل غيره فباع الثاني بحضرة الاول ولو حكم في غيبته ثم رفع قضاؤه الى القاضي
فاجاز نفذ قضاؤه عندنا استحسانا وكذلك القاضي اذا اجاز حكم الحكم في المجتهدات
كذا ذكر

كذا ذكره فتاوى القاضي ظهير الدين وقال في الفصول ايضا السلطان اذا قال للرجل
جعلتك قاضيا ليس له ان يستخلف الا اذا اذن له بذلك صريحا او دلالة بان
يقول جعلتك قاضي القضاة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاء تقليدا او
عزلا كذا ذكره في الذخيرة واجاب نجم الدين النسفي عن محضر انه غير صحيح لانه ذكر
فيه ان هذا القاضي متولي من قاضي القضاة فلان وليس فيه ان قاضي القضاة ماذون
بالاستخلاف من جهة السلطان **قوله** بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف
متصل بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء قالوا انما يجوز ان يستخلف المأمور
بالجمعة غيره وان لم ياذن له الامام بالاستخلاف اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة و
ان لم يشهد الخطبة لم يجز الاستخلاف لان الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة فاذا لم
يستجمع المستخلف شرائطها لم يجز له افتتاحها كالاول **قوله** اذا فوض اليه
يملكه اي اذا فوض الاستخلاف الى القاضي يملك القاضي الاستخلاف نحو ما اذا قال له
الامام ول من شئت ولكن لا يملك القاضي عزله لانه نائب من جهة الامام الا اذا
قيل له واستبدل من شئت حينئذ يملك عزله **قوله** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم
امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان كان قولا لا دليل عليه وهذه من
مسائل القدوري وفي بعض نسخ المختصر اذ يكون قولا لا دليل عليه والمراد بالحاكم القاضي
وبالامضاء التنفيذ والاصل فيما قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير ان قضاء
القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ لان المسلمين مع اختلافهم اتفقوا ان قضاء القاضي
ينفذ في المجتهدات على من خالف رايه حسب نفوذه على من وافق رايه فاذن هذا قضاء
انعقد الاجماع على نفوذه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يقضي بقضايا ثم
يقضي في العام القابل بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك على ما قضينا وهذه على ما
نقضي وروي عن علي رضي الله عنه انه لما قدم الكوفة بعد ما انتهت الخلافة اليه
قال اني لم اقدم لاحل عقدة عقدها عمر ولا لاعقد عقدة حلها عمر رضي الله عنه اراد
به والله اعلم ان ما امضاه عمر رضي الله عنه بالاجتهاد لا ينقضها هو ولان الاجتهاد الاول

تأيد بالقضاء والاجتهاد الثاني عري عما يؤيده فنقض المتأيد بالمتأكد بالعاري
عن ذلك ممتنع في العقول حتى ان القضاء بخلاف النص لا ينفذ لكون النص اقوى ولان
القول بذلك يؤدي الى ما لا نهاية له وهو فاسد هذا كله فيما اذا كان قضاء القاضي
الاول مما يسوغ فيه الاجتهاد اما اذا كان لا يسوغ فيه الاجتهاد بان كان حكما
مخالفا للكتاب او السنة المشهورة او الاجماع فانه لا ينفذه القاضي الثاني لان
الاول قضى بما لا يسوغ فيه الاجتهاد فلم ينفذ قضاؤه كما لو حكم بخلاف النص بغير اجتهاد
والمراد من خلاف الكتاب الذي لم تختلف في تأويله السلف مثل قوله تعالى ولا تنكحوا ما
نكح آباؤكم من النساء وقد اتفق الناس انه لا يجوز ان يتزوج امرأة الاب ولا جاريته
الموطوءة واحدة منهما فلو حكم القاضي بجواز نكاح امرأة الاب كان للقاضي الثاني فسخه
وكذا اذا قضى بحل متروك التسمية عامدا لا يصح ويبطله القاضي الثاني لانه مخالف لنص الكتاب
قال تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ونظير خلاف السنة المشهورة ما اذا قضى القاضي
بالقصاص بالقسامة اعني بحلف المدعي خمسين يمينا اذا وجد قتيل في محلة وكان ثمة علامة
ظاهرة يحلف المدعي على ان فلانا قتله كان له ان يقتص منه في قول مالك ونحو قول الشافعي في
القديم كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وهذا الحكم ليس بصحيح لمخالفة السنة
المشهورة وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وكذا اذا قضى بحل
المطلقة الثلاث للزوج الاول قبل دخول الزوج الثاني فالقاضي الثاني يبطله
لانه مخالف للسنة المشهورة وهي حديث العسيلة وقد مر بيان الحديث في كتاب الطلاق
في فصل فيما تحل به المطلقة ونظير خلاف الاجماع ما اذا قضى بجواز بيع ام الولد كان
للقاضي الثاني ان ينقضه كذا ذكر الخصاف في ادب القاضي وذلك لانه مخالف لاجماع التابعين
وذكر الشيخ ابو بكر الرازي ان هذا مذهب محمد فاما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه
ولا يفسخ كذا ذكر الامام الناصحي وقال شمس الائمة السرخسي وهذه المسألة تنبني
على ان الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم ام لا فعند محمد يرفع وعند ابي حنيفة وابي
يوسف لا يرفع هكذا ذكر في شرح ادب القاضي يعني ان الصحابة اختلفوا في جواز بيع امهات
الاولاد

الاولاد وروي عن علي انه قال اجتمع رأيي ورأي عمر رضي الله عنهما في بيع امهات
الاولاد انهن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك ان ارقهن فقال عبيدة السلماني رأيك
في رأي عمر احب الي من رأيك وحدك ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن
فكان قضاء القاضي بجواز البيع بخلاف الاجماع فيبطله الثاني عند محمد وعندهما لما لم
يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة باجماع التابعين كان قضاء القاضي في
فصل مختلف فيه فلا يفسخه الثاني وقال القاضي ابو زيد في اخر فصول الاجماع من كتاب
التقويم ان محمد بن الحسن روى عنهم جميعا ان القاضي اذا قضى ببيع ام الولد لم يجز وذكر
عن ابي يوسف في النوادر انه لا ينفذ القضاء وكذا لو قضى قاض بمال بالقسامة لانه لو ادعى
مالا وحلف خمسين يمينا لم يجز له اخذ المال فان استحقاق المال باليمين لا يجوز اجماعا
فينتقض قضاؤه ثم ينبغي لك ان المعتبر من الاختلاف هو اختلاف المتقدمين من الصحابة
ومن كان بينهم لا اختلاف الشافعي ولا اختلاف مالك لان مالكا والشافعي لم يكونا مو
جودين في الصحابة فلم يكن خلافهما معتبرا فلهذا كان للقاضي الاخر ان يبطل ما
قضى به القاضي المالكي او الشافعي برأيه وهذا هو المراد بقوله والمعتبر الاختلاف
في الصدر الاول قوله فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي
حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان ذكر هذه المسألة تفريعا على ما تقدم اعلم
ان القاضي اذا نسي مذهبه فقضى بمذهب غيره قال ابو حنيفة ينفذ القضاء وقال
ابو يوسف لا ينفذ هكذا ذكر الخصاف في ادب القاضي الخلاف بينهما ولم يذكر
قول محمد وكذلك ذكر الناصحي في تهذيب ادب القاضي وكذلك ذكر الفقيه ابو الليث
في اخر ادب القاضي من العيون حيث قال ولو ان قاضيا خوصم اليه في امر من الامور مما
فيه اختلاف وهو يرى في ذلك الا مذهب ونسي مذهبه وقضى بخلافه فان ابا حنيفة
قال امضي هذا الحكم ولا ارجع عنه وقال ابو يوسف يرد ذلك وينقض ما كان رأيه في ذلك
فلو ان رجلا قال لامرأته انت خلية او برية يجعلها ثلاثا فان ابا حنيفة قال امضي
هذا القضاء ولا ارجع عنه وقال ابو يوسف تجعلها واحدة ان لم يكن يرى ثلاثا الى لفظ

العيون وذكر القاضي الامام علي السغدي وشمس الائمة السرخسي في ادب القاضي قول
محمد مع ابي يوسف وقالوا في شرح الجامع الكبير لو قضى القاضي بشهادة الاعمى والمحدود في
القذف بعد ما تاب او قضى بشهادة احد الزوجين مع رجل لصاحبه ورآه جائزا انفذ
قضاؤه لان الخلاف في جواز القضاء بهذه الحجة لا في نفاذ القضاء فيكون قضاء في محل مجتهد
فيه فان من العلماء من يقول بقبول شهادة هؤلاء فعندنا لا اجماع فلا يكون للقاضي
الآخر ابطاله وقال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير ثم انما لم يكن للثاني ولاية الابطال اذا
كان الاول حقا وعلم الثاني انه كان يرى حقا فاما اذا علم ان الاول لم ير ذلك حقا وقضى
بخلاف رأيه كان للثاني ابطال قضائه لان قضاءه مع اعتقاده خلاف ذلك وقع عبثا
كمن وقع تحريه الى جهة وصلى الى غيرها معتقدا ان القبلة هي الاولى قال هكذا ذكر الشيخ
الامام عبد الله الخيزاخزي رحمه الله واليه اشار محمد يعني في قوله ورآه جائزا ثم قال
وروي عن الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني رحمه الله قال في هذا دليل على ان ما يفعله
القضاة من تقليد شفعوي المذهب ليحكم في الطلاق المضاف بالبطلان انما يجوز ان لو كان
القاضي يرى بطلان الطلاق المضاف كما هو مذهب الشافعي فاما لو كان يرى
بطلان ذلك لا يجوز تقليده الشفعوي المذهب لانه يكون تقليدا للغير ليفعل ما هو الباطل
عنده وتفويض ما هو الباطل غير صحيح فلم يصح التقليد ثم قال الشيخ ابو المعين ولكن هذا خلاف
ما عليه من السلف فانهم كانوا يقلدون القضاء من الخلفاء ويرون انما يحكمون على رأيهم نافذا
وان كان ذلك مخالفا لرأي الخلفاء لاتباعهم في المسائل جدهم عبد الله بن عباس ولو ان القاضي
كان محدودا في قذف وتاب او كان اعمى او قضى لامرأته فابطله قاض آخر لا يرى شهادة هؤلاء
كان له ذلك لان هذا ليس بقضاء في المجتهد فيه بل نفس القضاء مجتهد فيه من هو نافذ ومن للقاضي
اهلية القضاء ام لا فيتوقف على رأي غيره فينفذ بتنفيذه ويبطل برده وابطاله ونقل الاستروشني
في فصوله عن صاحب الذخيرة انه قال ورأيت في بعض الكتب عن اصحابنا في نفاذ قضاء
القاضي بخلاف رأيه روايتان وكان شمس الائمة الاوزجندي يفتي بعدم النفاذ في هذه
الصورة والصدر الشهيد ظهير الدين المرغيناني يفتيان بالنفاذ الى هنا لفظ الفصول
قوله

قوله ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكر يعني ان القاضي اذا نسي مذهبه
نقض محلا فانه في المجتهد فيه نفذ عند ابي حنيفة ولكن بشرط ان لا يكون المجتهد فيه مخالفا
للكتاب او السنة المشهورة او الاجماع فاذا كان مخالفا لاحدهما يبطله القاضي
الثاني لانه وقع باطلا **قوله** وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك
خلاف وليس باختلاف بيان ذلك ما قال في خلاصة الفتاوى ولو قضى بجواز بيع الدرهم
بالدرهمين يدا بيد باعيانهما اخذا بقول ابن عباس رضي الله عنه لا ينفذ وان كان مختلفا
بين الصحابة لانه لم يوافقه احد من الصحابة فكان مهجورا قال في عمدة الفتاوى
رجل زنى بام امرأته فرفع الى القاضي ولم يفرق القاضي بينهما ثم رفع الى قاض آخر يرى
التفريق لا يفرق لان الاول في فصل مجتهد فيه اختلف فيه الصحابة **قوله** والمعتبر
الاختلاف في الصدر الاول يريد به الاختلاف الواقع في قرن الصحابة ويبقى به اختلاف
مالك والشافعي لانه ليس بمعتبر لانهما لم يكونا في زمن الصحابة وقد مر بيانه قبل
هذا **قوله** قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند
ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا قضى باحلال وهذه من مسائل الجامع الصغير واصل المسئلة
ان القضاء في العقود والفسوخ بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة وهو
قول ابي يوسف اولا وعلى قول محمد وزفر والشافعي ينفذ ظاهرا لا باطنا وهو قول ابي
يوسف آخرا والمراد بنفاذ الحكم ظاهرا ان **يثبت** فيما بيننا مثل ثبوت التمكين والنفقة
والقسم وغير ذلك والمراد من نفاذه باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى
ثم ينبغي لك ان تعرف ان النفاذ ظاهرا وباطنا فيما اذا كان الدعوى بسبب معين كالبيع و
النكاح لان في الاملاك المرسلة اي المطلقة لا ينفذ باطنا بالاتفاق والاثر الى
ما ذكر في خلاصة الفتاوى واجمعوا ان في الاملاك المرسلة ينفذ ظاهرا لا باطنا واجمعوا
ان الشهود لو ظهروا عبيدا او محدودين في قذف او كفارا ينفذ ظاهرا لا باطنا واجمعوا انه
لو اقر بالطلقات الثلاث ثم انكر وحلف وقضي له بها لا يحل له وطؤها الى هنا لفظ الخلاصة
وجه قولهم ان تصحيح القضاء على وفاق الحجة وهذه الحجة باطلة لان الشهود كذبة

والكذب باطل فلا ينفذ القضاء باطنا ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق ظاهرا فاعتبرت
حجة من حيث وجوب العمل ظاهرا **فاما** ثبوت حقيقة التنفيذ فممتنع لانعدام دليله و
هو الحجة الصحيحة ووجه قول ابي حنيفة ان حجة القضاء قامت وافترض على القاضي
العمل بها بحيث لو امتنع عن ذلك يأثم وذلك لان حقيقة الصدق ساقطة العبرة في
حق القاضي ووجوب العمل به لانه لا طريق له الى ذلك فصارت ساقطة العبرة وبقيت
العبرة لدليل الصدق من حيث الظاهر وهو العدالة فاذا وجد فقد قام دليل
اوجب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد من المجتهد تكون حجة في حق وجوب العمل به
فاذا ابنى القاضي القضاء على ما جعل في الشرع دليلا يجب صون قضائه عن البطلان ما
امكن لانه فعل صدر منه بامر الشرع مضافا اليه قال تعالى وان احكم بما انزل الله و
قال تعالى ممن ترضون من الشهداء فاذا قضى بما رضي من الشهداء فقد قضى بامر الله تعالى
فوجب ان ينفذ قضاؤه في الظاهر والباطن جميعا الا ترى انه لو فرق بين الزوجين
بامر الزوج وقعت الفرقة في الظاهر والباطن جميعا فبامر الله اولى وكذلك لو لاعن بين
الزوجين وفرق بينهما وقعت الفرقة في الظاهر والباطن جميعا مع ان احدهما كاذب
كذا في الاشارات الاسرار وغيرها وبابه البيان مر في كتاب النكاح قبيل باب الاولياء
والاكفاء فينظر ثمة وصورة القضاء في العقود كثيرة **منها اذا ادعى** على امرأة
نكاحا وهي تجحد واقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل
وطيها وحل للمرأة التمكين منه عنده وعندهما لا يحل لهما ذلك وكذا اذا ادعت نكاحا
على رجل وهو يجحد **ومنها** اذا قضى بالبيع بشهادة الزور وهو على وجهين اما ان يكون
من جانب المشتري بان يدعي على غيره انك بعت مني هذه الجارية والاخر ان يكون من جانب
البايع بان قال انك اشتريت هذه الجارية يحل للمشتري وطيها في الوجهين وصورة القضاء
في الفسوخ كثيرة ايضا **منها** اذا ادعى احد المتبايعين فسخ العقد واقام بينة زور
فسخ القاضي تحل للبايع وطء الجارية **ومنها** اذا ادعت على زوجها انه طلقها
ثلاثا واقامت بينة زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج اخر بعد انقضاء العدة
يحل

تحل للزوج الثاني الوطء ظاهرا وباطنا عنده كذا في الذخيرة البرهانية **قوله** ولا
يقضي القاضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه هذا لفظ القدوري في مختصره وقال في
مختصر الاسرار لا يجوز للقاضي ان يقضي على غايب حتى يحضر هو او من يقوم مقامه اما
بامره واما حكما وقال ابو يوسف ينصب القاضي عنه خصما ويقضي عليه وقال في شرح
الاقطع وقال الشافعي يجوز القضاء على الغايب عن المصر بالبينة وان كان حاضرا فيه
ففيه وجهان له ان البينة للبيان والاظهار عند خفاء الحال على القاضي لا للاثبات
ما لم يكن ثابتا وظهرت الحال بالبينة فيحكم بها على الغايب كما لو كان حاضرا
فسكت **ولنا** ما روى اصحابنا في كتبهم ان النبي صلى الله عليه قال لعلي رضي
حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الاخر ولانه لو حضر يجوز
ان يقيم حجة تنفي بها حجة المدعي فلا يجوز القضاء مع غيبته ولان البينة حجة لاحد
الخصمين فلا يلتفت اليها مع غيبة الاخر كاليمين ولان شرط القضاء لم يوجد فلا يصح
القضاء بالبينة لان شرط اقامة البينة الانكار ولهذا اذا كان الخصم حاضرا فاقر
بالحق لا حاجة الى البينة وهذا لان البينة في نفس الامر محتملة للصدق والكذب ولا يجوز
بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة وايفاء الحق الى
مستحقه ولا منازعة عند عدم الانكار فاذا انعدم الانكار انعدمت الصورة الموجبة
لكون البينة حجة فلا يصح قضاء القاضي بدون الحجة وانما قلنا بان الانكار لم يوجد من
الغايب لانه يحتمل ان يكون مقرا ويحتمل ان يكون منكرا بل الظاهر منه الاقرار لان
المدعي صادق ظاهرا لوجود دينه وعقله الصارفين عن الكذب الداعيين الى
الصدق فاذا كان المدعي صادقا لا ينكر المدعى عليه ايضا لانه لا يترك الصدق لدينه
وعقله فاذا كان الظاهر من حاله الاقرار لا يقضى بالبينة بخلاف ما اذا سكت عن الجواب
لان الشرع انزله منكرا دفعا للظلم فكان الانكار موجودا ثمة فاما هنا بخلافه لانا تحققنا
عدم الاقرار فظهر الفرق ولان القاضي لا يمكنه القضاء هنا لان وجه القضاء مشتبه لانه
لا يدري باي حجة يقضي لان الاحكام مختلفة فعلم القضاء بالبينة ان يجب الضمان

على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة وحكم القضاء بالاقرار خلاف ذلك
فتعدي القضاء اصلا والباقي نعلم في طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى **قوله** ولو انكر ثم
غاب فكذلك يعني لو انكر المدعا عليه ثم غاب لا يقضي القاضي ايضا في غيبته وان كان وجد
منه الانكار وهو قول محمد وقال ابو يوسف يقضي لوجود الانكار منه صريحا وهو في قوله
وفي خلاف ابي يوسف وقال محمد ان انكاره الا وقت القضاء شرط وبقاء الانكار
في وقت القضا باستصحاب الحال لا بالنص وذلك يصلح للدفع لا للاثبات **قوله** ومن يقوم
مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان
كان ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا تفسير قوله من يقوم مقامه في قوله
ولا يقضي القاضي على الغايب الا ان يحضر من يقوم مقامه يعني ان القايم مقام الغايب
قد يكون قصدا بانابة الغايب بان يجعله وكيلا او بانابة الشرع كالوصي من القاضي
وكيلا عن الغايب او يكون نيابة الحاضر عن الغايب حكما بان كان ما يدعى على الغايب سببا
لما يدعيه على الحاضر وتفصيل هذه الجملة ما نقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام
خواهر زاده ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغايب باحد معان ثلاثة احدها ان يكون
الحاضر وكيلا عن الغايب وهو ظاهر والثاني ان يكون المدعي على الحاضر والغايب
شيا واحدا وما يدعي على الغايب سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة ففي هذه الحالة
يقضي على الحاضر والغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالث
ان يكون المدعي شيئين مختلفين ويكون ما يدعي على الغايب سببا لثبوت ما يدعي
على الحاضر على كل حال حيث لا ينفك عنه ففي هذه الحالة ينتصب الحاضر خصما عن
الغايب ويقضي عليهما جميعا **اما اذا كان** ما يدعي على الغايب قد يكون سببا لما يدعي
على الحاضر وقد لا يكون بان كان مما ينفك عنه بحال فانه ينظر في ذلك ان كان ما يدعي على
الغايب نفسه يكون سببا لما يدعيه على الحاضر فانه يقضي بالبينة في حق الحاضر
ولا يقضي بها في حق الغايب حتى لو حضر الغايب وانكر ذلك تحتاج الى اعادة البينة
عليه وان كان ما يدعيه على الغايب نفسه لا يكون سببا لما يدعي على الحاضر وانما
يكون

يكون سببا باعتبار البقاء الا وقت الدعوى فانه لا يقضي بالبينة بما ادعاه
المدعي لا في حق الحاضر ولا في حق الغايب **اما** تفسير الاصل الثاني وهو ان يكون
المدعي على الحاضر والغايب شيا واحدا وما يدعي على الغايب سبب لثبوت ما يدعي
على الحاضر لا محالة فبيان ذلك في ثلاث مسايل احدها ان رجلا ادعى دارا في يد رجل انها
ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي البينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغايب وهو يملكها
فانه يقضي بها في حق الحاضر والغايب لان المدعي شي واحد وهو الدار وما ادعى
على الغايب وهو الشرا سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشرا من المالك سبب
لا محالة والثانية اذا ادعى على اخر انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه
بالكفالة وانكر الحق فاقام البينة انه ذاب له على فلان الف درهم فانه يقضي بها في
حق الكفيل الحاضر وفي حق الغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره
والثالثة اذا ادعى الشفعة في دار في يد انسان وقال ذو اليد الدار داري ما
اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف
درهم وهو يملكها وانه شفيعها يقضي بالشرا في حق ذي اليد والغايب جميعا **واما**
الاصل الثالث وهو ما اذا كان المدعي شيئين وما يدعيه على الغايب سبب لما يدعيه على
الحاضر فبيانه في ثلاث مسايل احداها رجل قذف محصنا حتى وجب عليه الحد فقال
القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المقذوف لا بل كان اعتقك مولاك
وانا عليك حد الاحرار واقام البينة على ذلك يقبل هذه البينة ويقضي بالعتق في
حق الحاضر والغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره وان
ادعى شيئين مختلفين لانه ادعى على الحاضر حدا كاملا وعلى الغايب عتقا لكن
لما كان العتق سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر لا تمليك للحد لا ينفك عن العتق
بحال يقضى بالبينة في حق الغايب والحاضر جميعا **والثانية** شاهدان
شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغايب واقام
المشهود له البينة ان مولاهما قد اعتقهما قبل هذا وهو يملكهما يقبل هذه البينة

ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة
والثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب احدهما وادعى الحاضر على القاتل
ان الغائب عفا عن نصيبه فانقلب نصيبي مالا وانكر القاتل فاقام المدعي البينة على
ذلك يقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل يبطل هذا بما اذا كان العبد
بين حاضر وغائب فادعى على الحاضر منهما ان الغائب اعتق نصيبه وهو موسر و
ادعى قصر يد الحاضر عن نصيبه لصيرورته مكاتبا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
واقام البينة على الحاضر بذلك لا يقبل هذه البينة اصلا واعتاق الغائب نصيبه
لقصر يد الحاضر عنه لا محالة **قلنا** هذه الشهادة لا تقبل عند ابي حنيفة لا لعدم
الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضي عليه بالكتابة لان الساكت ان اختار تضمين المعتق
فان العبد يصير مكاتبا من جهة العتق وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة
الساكت فكان المقضي عليه بالكتابة مجهولا فلم تقبل لهذا **واما** اذا كان المدعي
شيئين وما يدعيه على الغائب لا يكون سببا لما يدعيه على الحاضر لا محالة بل قد يكون
سببا وقد لا يكون فبيانه في مسئلتين احداهما رجل جاء الى عبد انسان وقال ان مولاك
قد وكلني بان احملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه يقبل في حق قصر يد الحاضر صح
ولا يقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اقامة البينة
والثانية رجل جاء الى امراة الغائب وقال ان زوجك وكلني بان انقلك اليه فاقامت
البينة ان زوجها طلقها ثلاثا يقضى بقصر يد الوكيل عنها ولا يقضى بالطلاق لان المدعي
شيئان الطلاق والعتاق على الغائب وقصر يد الحاضر والعتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب
انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانعزال بان وجد بعد الوكالة
فلا يكون انعزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق من حيث انه ليس بسبب لحق
الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلنا
البينة فيما يرجع الى حق الحاضر وقصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال
الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولكن من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال
الوكيل

الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق **واما اذا** كان المدعي شيئين ونفس ما ادعى على الغائب
لا يكون سببا لثبوت ما يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل احداها ما
قال وفيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع ان البائع كان زوجها من فلان الغائب
وقد اشتراها المشتري وهو لا يعلم بذلك وانكر البائع واقام المشتري على ذلك بينة
فانه لا يقضى بالبينة لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعي شيئان الرد بالعيب على
الحاضر والنكاح على الغائب وما ادعى من النكاح على الغائب نفسه ليس بسبب لما يدعي
على الحاضر من غير اعتبار البقاء لجواز ان يكون تزوجها ثم طلقها وان اقام
البينة على البقاء بان يشهدوا انها امراته للحال لا يقبل ايضا لان البقاء تبع للابتداء
والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اقام البينة انه باع من فلان الغائب لا يقبل
لابطال حق البائع في الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس
بسبب لبطلان حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع ولم يكن
خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع **والثالثة** رجل في يديه دار بيعت بجنبها
دار فاراد الذي في يديه الدار ان ياخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري للشفيع الدار
التي في يديك ليس لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة ان الدار التي في يديه انه
اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان
المدعي شيئان مختلفان وما ادعى على الغائب من شراء الدار ليس بسبب لثبوت
حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء فانه لو كان اشتراها ثم فسخا البيع وازالها عن
ملكه بوجه من الوجوه لا يكون له الشفعة وانما يكون له الشفعة باعتبار البقاء
ولم يقم البينة على البقاء ولو اقامها على البقاء لم يقبل ايضا لما مر انه تبع والباقي
يعلم في كتاب ادب القاضي في مسائل القضاء على الغائب من الفتاوي الصغرى
وفي الفصل الرابع من فصول الاستروشني **قوله** او بانابة الشرع كالوصي من
جهة القاضي قال بعضهم في شرحه قيد بالوصي من جهة القاضي احترازا عن
المسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين نقل صاحب الفصول عن

المحيط والذخيرة وسائر الفتاوى اذا ادعى انسان على آخر والقاضي يعلم انه مسخر لا
شيء عليه لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز وتفسير المسخر ان ينصب القاضي وكيلا عن الغايب
ليسمع الخصومة عليه والقاضي يعلم انه مسخر ليس بخصم فالقاضي لا يسمع الخصومة
عليه وانما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم بعد ما
بعث امناءه الى داره ونودي على باب داره ثم قال صاحب الفصول وذكر في
شهادات الجامع رجل غاب فجاء رجل وادعى على رجل ذكر انه خصم الغايب وان
وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة فيه والمدعى عليه ينكر
وكالته واقام المدعي بينة على وكالته قضى القاضي عليه بالوكالة وهذه المسئلة
دليل على جواز التسخير فانه قال ادعى على رجل ذكر انه خصم الغايب ولم يقل انه
غريم الغايب لكن هذا عندنا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي بكونه مسخرا **اما اذا علم**
القاضي ذلك لا يثبت ثم قال وذكر في ادب القاضي ان الحكم على المسخر لا يجوز ثم قال
قيل وينبغي ان تكون هذه المسئلة على روايتين لان هذا في الحاصل قضاء على الغايب
وفي القضاء على الغايب روايتان عن اصحابنا وكان ظهير الدين المرغيناني يفتي في القضا
على الغايب بعدم النفاذ كيلا يتطرق الى هدم مذهب اصحابنا الى هنا لفظ صاحب
الفصول في الفصل الرابع **قوله** اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله
خصما عن الغايب يعني اذا كان ما يدعي على الغايب شرطا لثبوت ما يدعي على الحاضر
لا يجعل الحاضر خصما عن الغايب وهذا قول عامة المشايخ وصورته ما ذكر
في الفتاوى الصغرى رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأته
عليه ان فلانا طلق امرأته وفلان غايب فاقامت البينة لا تصح هذه البينة ولا يقضي
بوقوع الطلاق عليها لان بينتها على فلان الغايب لا يصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغايب
وقد افتى بعض المتاخرين بان هذه البينة يقبل ويقضي بوقوع الطلاق الا ان الاول اصح
فان قيل اليس لو قال لها ان دخل فلان الدار فانت طالق فاقامت المرأة البينة انه دخل
وفلان غايب كانت البينة صحيحة قلنا الجواب انما صحت هناك لانه ليس فيها ابطال حق الغايب
فلا يكون

فلا يكون قضاء على الغايب والحاصل ان الانسان اذا اقام البينة على شرط حقه
باثبات فعل على الغايب فان لم يكن فيها ابطال حق الغايب يقبل هذه البينة وينتصب
الحاضر خصما عن الغايب وان كان في قبول البينة ابطال حق على الغايب من طلاق او عتاق
او بيع او ما اشبه ذلك الاصح ان لا يقبل وقد افتى بعض المتاخرين انه يقبل ويقضي على
الحاضر والغايب جميعا وبه اخذ القاضي الامام شمس الاسلام محمود الاوزجندي
حكى ذلك عنه الشيخ الامام ظهير الدين الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى ثم قال فيها
بعد اوراق وذكر الشيخ الامام علي البزدوي في باب ما يقام عليه البينة من
نكاح الجامع ان الانسان ينتصب خصما عن الغايب في اثبات شرط حقه كما ينتصب
خصما في اثبات سبب حقه لانه محتاج الى اثبات حقه وكما لا يمكنه اثبات
حقه الا باثبات سببه لا يمكنه الا باثبات شرطه كما لو قذف انسان فادعى القاذف
انه عبد فلان واقام المقذوف بينة ان فلانا كان اعتقه يقبل هذه البينة وان كان
اعتاق الغايب شرطا لحقه وقد ذكرنا ان شيخ خواهرزاده يقول ان الاعتاق
سبب لكمال الحد لان كمال الحد لا ينفك عنه حقه بحال ما كان بمنزلة السبب فينتصب
فيه خصما عن الغايب **قوله** قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق اي قال
محمد في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في القاضي يقرض
اموال اليتامى قال هكذا ينبغي له ان يصنع يقرضها ويكتب بها ذكر الحقوق وان اقرضها
الوصي ضمن الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص بيانه ان القرض
تبرع ابتداء معاوضة انتهاء لانه قطع الملك عن العين ببدل في ذمة المفلس وهذا
لان الانسان لا يستقرض عادة الا اذا كان غير ملي ولهذا اجل محل الصدقة في الثواب
بل زاد عليها لتيقن الحاجة في المستقرض دون الفقير لانه لا يستقرض ما لم يكن محتاجا
وقد يرى الشخص فقيرا ولا يكون في الواقع كذلك فاذا ثبت ان القرض تبرع صار
كالعتق على مال فلا يتمكنه من لا يملك التبرع بمال اليتيم الا ان القاضي لما كان قادرا
على استخراج المال من المستقرض كان له ولاية الاقراض ولان الدين في ذمته

بحكم ولاية القاضي كان نفاذا لا للغير وزيادة لانه لو لم يقرض ربما يهلك المال فاذا اقرض
كان مضمونا عن التوى والتلف لان القاضي يقدر على الاستخراج بعلمه فاذا كان كذلك كان
اقراض القاضي نظرا لليتيم بخلاف الوصي لانه لا يقدر على الاستخراج بنفسه اذ ليس كل
قاضي يعدل ولا كل بينة تسمع فصار اقراض الوصي مترددا في حق اليتيم بين ضرر واما
الاب فهل يملك اقراض مال الصغير ام لا لم يذكر محمد ذلك في الجامع الصغير قال
الفقيه ابو الليث يجوز ان يقال لا يجوز قرضه كما لا يجوز قرض الوصي يعني ان الاب
لا يتمكن من الاستخراج بنفسه كالوصي ويجوز ان يقال يجوز قرض الوالد لان ولايته اعم
من ولاية الوصي وهو غير متهم في امره لفرط شفقته فاشبه حال القاضي والى الوجه
الاول ذهب فخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والزاهد العتابي في شروحهم للجامع
الصغير واراد بذكر الحق كتابة الصك للتذكرة والتوكيد **قوله** والاب بمنزلة الوصي
في اصح الروايتين اراد باصح الروايتين ما ذهب اليه فخر الاسلام ومن وافقه

باب التحكيم

شرع في بيان حكم
المحكم لانه من انواع القضاء الا انه اخر ذكره لان حكمه ادنى حالا من حكم القاضي
ولهذا اذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي ينهى اليه ابطله ولهذا لا يجوز حكمه
في الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضي فان القاضي الثاني ينفذ حكمه اذا لم يكن
مخالفا لبعض الكتاب والسنة المشهورة والاجماع ويجوز حكم القاضي في الحدود و
القصاص ولا يجوز حكم الحكم فيهما ويجوز حكم القاضي رضي الخصم بذلك ام لا و
لا يجوز حكم الحكم الا بعد رضا الخصمين بقاء حكمه اي نوض الحكم اليه **قوله**
قال واذا حكم رجلان رجلا الحكم يحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه اذا كان بصفة الحاكم يعني اذا كان الحكم من اهل الشهادة
وهذا لان الحكم بمنزلة القاضي في حقهما فاشترط صفة القاضي في الحكم حتى لا
يجوز ان يحكما بينهما محدودا في قذف او عبدا او اعمى او ذميا لان شهادة هؤلاء لا يجوز
والاصل في جواز التحكيم قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله و
حكما

وحكما من اهلها وحكم النبي صلى الله عليه سعد بن معاذ في بني قريظة ورضيه
بحكمه فقال هاؤلاء نزلوا على حكمك فقال يقتل مقاتلتهم ويسبي ذراريهم و
كان بين عمر بن الخطاب وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه

وكان المعنى الى

قوله ويشترط اهلية القضاء يعني لما كان الحكم بمنزلة القاضي في حق الحكمين
اشترط اهلية القضاء في الحكم فعلى هذا يجوز **تحكيم** المراة فيما يثبت بالشهادة
لانها من اهل الشهادة فيها **قوله** ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في
القذف والفاسق والصبي وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا كله من اضافة المصدر
الى المفعول فلو كان المراد اضافة المصدر الى الفاعل لجاز وهذا لان الحكم بمنزلة القاضي
في حق المتخاصمين والقاضي لا يصلح ان يكون بواحد من هذه الصفات فكذا الحكم
قوله والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى يعني اذا ولي الفاسق
قضاء بلدة جاز عندنا ولكن لا ينبغي ان يحكم وقد مر بيان القاضي الفاسق في اول
كتاب ادب القاضي **قوله** ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما هذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لان حكمه موقوف على رضاهما واذا رجع واحد
منهما قبل تنفيذ الحكم صار كان الرضا لم يوجد في الابتداء او نقول انهما سلطا
على التصرف عليهما فصار كالتوكيل وللموكل عزل الوكيل قبل البيع فكذلك
هنا بخلاف ما اذا انقضى الحكم حيث لا يكون لواحد منهما ان يرجع لانه بعد تسليطهما
لم يكن لهما ولا لاحدهما نقض ذلك بعد ذلك كالوكيل اذا باع لا ينقض الموكل
فكذلك ههنا واورد شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي في هذا المقام سؤالا
وجوابا فقال فان قيل اليس ان التحكيم لما ثبت باتفاقهما وكان ينبغي ان لا يصح
الاخراج الا باتفاقهما ايضا قلنا يجوز ان لا يثبت العقد الا باتفاقهما ثم ينفرد
احدهما بالفسخ كما في المضاربة والشركة ونحوه وهذا لان احدهما لم يرض بهذا التحكيم
فلو لم يكن راضيا في الابتداء لا يصح التحكيم فاذا لم يرض بعد ذلك لا يبقى التحكيم ايضا
فاما اذا نفذ الحكم فلا يجوز لواحد منهما ان يرجع عن ذلك كالقاضي اذا قضى ثم

ثم عزله السلطان لا يبطل ذلك القضاء ولو عزله قبل القضاء لا ينفذ حكمه الذي حكم
الحكم وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه لا يجوز التحكيم وان
حكم لم يلزمه **لنا ان** النبي صلى الله عليه اجاز حكم سعد ابن معاذ على بني قريظة
ولو جاز رجوع المحكوم عليه بعد الحكم لم يلزمهم ذلك مع كراهتهم او كراهة بعضهم
قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان خالفه ابطله وقال في شرح الاقطع قال الشافعي على القول
الذي يقول بجواز التحكيم ليس له فسخه ثم **اعلم** ان حكم الحكم لا يخلو اما
ان كان موافقا لراي القاضي الذي يرفع اليه او مخالفا له فان كان موافقا يمضيه لا محالة
لعدم فائدة الفسخ لانه اذا فسخه يحتاج الى ان يبرمه ثانيا لان رايه هو الذي حكم
الحكم وان كان مخالفا لرايه رده لان حكم الحكم انما ثبت بتسليط المحكمين على انفسهما
ولا تسليط من القاضي فلا يكون حكم الحكم حجة على القاضي وهذا بخلاف حكم
القاضي اذا رفع الى قاض اخر حيث يمضيه سواء كان ذلك موافقا لمذهبه او مخالفا له
اذا كان في فصل مجتهد فيه ولم يكن مخالفا للكتاب والسنة المشهورة والاجماع لان
للقاضي ولاية عامة على كافة الناس فكان قضاؤه حجة على الكل وحكم الحكم بمنزلة
الصلح فلو رفع الصلح الى القاضي وكان مخالفا لرايه ابطله فكذا هاهنا ثم فائدة امضاء
القاضي ان القاضي الثاني اذا رفع اليه لا يبطله وان خالف ذلك مذهب الثاني لان امضاء
القاضي الاول بمنزلة حكمه بنفسه ابتداء **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص صح
هذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي على القول الذي يجوز التحكيم يجوز قال
الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي ولو حكما بينهما في حد او قصاص لم يجز ثم
قال ابو بكر الرازي في القصاص ينبغي ان يجوز لان ولي المقتول لو استوفى
القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز كذلك اذا حكم فيه لانه من حقوق
بني ادم ثم قال الناصحي وقال الحاكم في مختصره وقضاء الحكم في الاموال والقصاص
جائز اذا وافق راي القاضي وكذلك ذكر ابن كاس النخعي في ادب القاضي ثم
قال

قال الناصحي قال ابن كاس وقال الحسن بن زياد في كتاب ادب القاضي لو ان رجلين
حكما رجلا في حد او قصاص فحكم بينهما لم يجز وقال شمس الائمة السرخسي في شرح
ادب القاضي من اصحابنا من قالوا انما لا يجوز هذا في الحدود الواجبة لله تعالى
لان الامام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى وليس لهما ولاية على سائر الناس
فلا يصح **فاما** في القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم لان الاستيفاء اليهما و
الحق في القصاص وحد القذف لهما فيجوز التحكيم كما في الاموال ولكن صاحب
الكتاب اطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح اراد بصاحب الكتاب الخصاف لان حكم الحكم
بمنزلة الصلح فما يجوز استحقاقه بالصلح والعقد يجوز التحكيم فيه وما لا فلا و
القصاص وحد القذف لا يجوز استيفاؤه بالصلح والعقد فكذا لا يجوز التحكيم فيه
ولان القصاص وحد القذف مما يندرئ بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في
حقهما وليس بحكم في حق غيرهما واي شبهة اعظم من هذا **قوله** وتخصيص الحدود
والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى
به اي قال مشايخنا المتاخرون تخصيص القدوري الحدود والقصاص في قوله ولا يجوز
التحكيم في الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالحكم في
الكنايات بانها رواجع وفسخ اليمين المضافة وغير ذلك وهو الذي قالوا ان جواز حكم
الحكم في سائر المجتهدات صحيح الا انه لا يفتى به كيلا يتجاسر الناس على ذلك
قال في الفتاوى الصغرى حكم الحاكم المحكم ينفذ في الطلاق المضاف لكن لا يفتى
ثم قال فيها وحكى عن شمس الائمة الحلواني انه قال مسئلة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به
وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان القاضي الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول
نكتم هذا الفصل ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم
مذهبنا **فاما** المذهب فهو الاول وروي عن اصحابنا ما هو اوسع من هذا وهو
ان صاحب الحادثة اذا استفتى فقيها عدلا من اهل الفتوى فافتاه ببطلان اليمين
وسعه اتباع فتواه وامساك المراة المحلوف بطلاقها وروي عنهم ما هو اوسع من هذا

ايضا ومواته اذا استفتي اولا فقيها فافتاه ببطلان اليمين وسعه امساك المراة فان
تزوج امراة اخرى كان حلف بطلاق كل امراة يتزوجها فاستفتى فقيها اخر فافتاه
بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بفتواهما الى هنا لفظ الفتاوى
الصغرى **قوله** وان حكماه في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه هذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لان حكم الحكم لا ينفذ في حق غير المحكمين ولا ينفذ اذن
في حق العاقلة لانهم ما رضوا بحكمه ولو حكم بالدية على القاتل في ماله لا يجوز لانه
مخالف للشرع قال النبي صلى الله عليه في حديث حمل بن مالك قوموا فدوه ويجي ذلك في
كتاب المعاقل بل يقضي القاضي بالدية على العاقلة الا اذا ثبت القتل باقرار القاتل
فحينئذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل لان العاقلة لا تعقل صلحا ولا عمدا ولا اعترافا
قوله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول هذا لفظ القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية وكذا بالاقرار وذلك لانها سلطاه على الحكم عليهما بتراضيهما وليس
الحكم الا سماع البينة او القضاء بالنكول او الاقرار فجاز لكونه موافقا للشرع **قوله**
ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله ذكره قوله الحكم
تفريعا على ما تقدم يعني اذا قال الحكم لاحد المحكمين قد اقررت عندي بكذا او قال
قامت البينة عليك وانت زعمت بالحكم وانكر المقضي عليه ان يكون اقر فالحكم ماض
عليه لان له ان يبتدي بحكم ما دام في المجلس والمجلس باق فاذا قال حكمت صدق
وان قال الحكم كنت حكمت بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قول
المعزول اني حكمت بكذا عليك ولانه لما قام من مجلسه صار معزولا فصار كالقاضي بعد العزل
اذا قال قضيت بكذا لا يصدق كذا هنا **قوله** وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل
وذلك لان اهلية الشهادة شرط للقضا فكل من لا يصلح شاهدا لا يصلح قاضيا والشهادة
لهولاء لا يجوز فكذا لا يجوز الحكم لهم والقاضي والحكم فيه سواء بخلاف الحكم عليهم فان
ذلك جايز كالشهادة عليهم لان في الشهادة لهم تهمة بخلاف الشهادة عليهم **قوله** ولو
حكما رجلين لا بد من اجتماعهما ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري من مذكورة في ادب
القاضي

القاضي قال الناصحي في تهذيب ادب القاضي واذا حكما رجلين فراى احدهما شيا وراى
الاخر خلافه لم يجز لهما ان يحكما حتى يجتمعا على شي لما انهما رضيا برايهما ولو شهد عند
الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسال المدعي الحكمين ان يشهدا له على
شهادة شاهدين لم يجز من قبل ان الشاهدين لم يشهدا هما على شهادتهما لان الشهادة
على الشهادة تحمل فمن لم يحمله لم يجز له ان يشهد على شهادته **مسايل**
شتى من كتاب القضا قد جرت عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ من المسايل في اخر الكتاب
استدراكا للفايت ويترجموه بقولهم مسايل متفرقة او بقولهم مسايل شتى او بقولهم مسايل
منثورة وكان القياس على هذا ان يذكر صاحب الهداية مسايل هذا الفصل في اخر
كتاب ادب القاضي **قوله** قال واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان
يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسايل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في علو لرجل وسفله لاخر قال ليس لصاحب
السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وقال ابو يوسف ومحمد له ان يصنع فيه ما لا
يضر بالعلو الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير يريد به في الجدار والسقف كذا قال
الامام العتابي وقال في كتاب الدعوى في قسم المبسوط من الشامل صاحب السفل اراد
هدم سفله او فتح كوة او ادخال جذع فيه لم يكن له ذلك الا برضا صاحب العلو وكذلك
ليس لصاحب العلو ان يضع على علوه جذعا او يشرع كنيفا لم يكن له ذلك وعندهما له ذلك
كله اذا لم يضر بالاخر الى هنا لفظ الشامل قال بعض مشايخنا في شروح الجامع
الصغير ما حكي عنهما تفسير قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان ابا حنيفة انما اراد بالمنع
فيه ضرر ظاهر فيكون فصلا مجمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع
بعلة الضرر وقال بعضهم بل عند ابي حنيفة الحظر اصل والاطلاق بعارض لعدم الضرر
ولا خلاف فيما اذا لم يضر بصاحبه فان له ان يصنع ما لا يضر به بالاتفاق وانما الخلاف
حالة الاشكال انه يضر ام لا فعند ابي حنيفة ليس له ذلك الا برضا صاحبه وعندهما له
ذلك لان التصرف حصل في ملكه والاصل في الملك هو الاطلاق ووجه قول ابي حنيفة

ان تصور فيه حصل في ملك مشغول بحق محترم فصار المنع اصلا كالراهن اذا باع المرهون ولهذا
لا يملك صاحب السفل ان يهدم كل الجدار او السقف فكذا بعضه لان نقب الكوة لا يخلو عن
توهين الحائط في الحال او في الثاني قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقول ابي حنيفة
قياس الكوة بفتح الكاف كذا في الديوان مي الروزن يقال وتد الوتد يتده اذا ضربه
من باب ضرب **قوله** واذا كانت زايغة مستطيلة تتشعب منها زايغة مستطيلة وهي
غير نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى وهذه من خواص
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في زايغة مستطيلة
انشعبت منها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس للرجل من اهل الزايغة الاولى له
فيها دار ان يفتح من حائطه في الزايغة القصوى بابا قال ولو ان كانت زايغة مستديرة
وقد لزق طرفاها كان له ان يفتح في ما لفظ اصل الجامع الصغير بيانه ما قال الفقيه ابو الليث
اذا كانت سكة غير نافذة وفيها سكة اخرى عن يمينها او عن شمالها ولرجل في السكة
دار بابها في السكة العظمى وبعض حوائطها الى السكة الاخرى التي في هذه السكة فاراد ان
يفتح بابا في تلك السكة ليس له ذلك لان تلك السكة خاصة لاهلها الا ترى انه لو بيعت دار
في تلك السكة فالشفعة لهم خاصة دون اهل السكة العظيمة فثبت ان الشفعة لهم
خاصة فان اراد انسان من اهل تلك السكة ان يفتح بابه الى السكة العظمى له ذلك لان السكة
لهم جميعا وان كانت زايغة مستديرة في سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ عوجها راس السكة فلكل
واحد منهم ان يفتح بابه في تلك السكة في اي موضع شاء لانها سكة واحدة من اولها الى
اخرها وهي بينهم بالشركة الا ترى ان وجوب الشفعة لهم جميعا وقال شمس الايمة الحلواني في
مبسوطه في كتاب الشفعة سكة غير نافذة بيعت فيها دار فاهلها شفعاء لانهم شركاء في
حقوق المبيع فان كان فيها عطف ان كان مربعا فاصحاب العطف اولى بما بيع في عطفهم لانه
بسبب التربيع يصير العطف المربع كالمنفصل عن السكة لان ميابات الدور
في العطف المربع تخالف ميابات الدور في السكة فصار العطف المربع بمنزلة سكة
اخرى فصار كسكة في سكة ولهذا يمكنهم نصب الدرب في اعلاهم وهم اهل السكة فيما
بيع

بيع في السكة سواء كما لو بيعت دار في السكة العظمى فهم واهل السكة الصغرى فيها سواء
وان كان العطف مدورا فالكل سواء لان العطف المدور اعوجاج في بعض السكة و
بذلك لا يصير بمنزلة سكتين لان ميابات الدور فيها لا يتغير بسبب الاعوجاج فكانت
سكة واحدة الى هنا لفظ شمس الايمة الحلواني وانما قيد بقوله وهي غير نافذة لانها اذا
كانت نافذة فهي لعامة المسلمين فلا يمنع من فتح الباب اليها ولكن هذا فيما اذا اراد فتح
الباب المرور فانه يمنع استحسانا واذا اراد به الاستضاءة او الريح دون المرور لم
يمنع من ذلك كذا نقل فخر الاسلام عن الفقيه ابي جعفر رحمه الله وقال فخر الدين
قاضي خان من المشايخ من قال لا يمنع من فتح الباب في الاول لان فتح الباب ليس الا نقض
بعض الحائط فلو نقض الكل لا يمنع فكذا اذا نقض البعض ولكن يمنع من فتح الباب لانه
نص في الكتاب وقال ليس له ان يفتح بابا وهذا لانه متى فتح الباب فقد اتخذ لنفسه طريقا
لانه لا يمكنهم منعه في كل ساعة وزمان حتى لو فتح بابا للاستضاءة والريح ونحوه
لا يمنع ثم صورتا الزايغتين كانتا مكتوبتين على حاشية كتاب الامام حافظ الدين
الكبير البخاري بخط يده بهذه الصورة

والزايغة المحلة سميت بها لميلها من طرف الى
طرف من زاغت الشمس اذا مالت في تهذيب ديوان الادب الزايغة الطريق الذي حاد عن
الطريق الاعظم المستطيلة الطويلة من استطال بمعنى طال ويقال شيء مستطيل اي
طويل **قوله** قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يديه ثم صالحه منها فهو
جائز وهذه من مسايل الجامع الصغير قال صاحب الهداية وهي مسئلة الصلح على الانكار
وسنذكره في الصلح ان شاء الله تعالى يعني ان الصلح على الانكار جائز عندنا خلافا للشافعي
حتى يثبت الملك للمدعي في بدل الصلح وينقطع حق الاسترداد للمدعى عليه ويبطل
حق الدعوى وبقا اصل المدعا وقال بعضهم في شرحه يريد به اذا كان المدعا به مقدارا
معلوما كالثلث ونحوه حتى يكون الدعوى صحيحة **ولنا** فيه نظر لان صحة الدعوى

ليست بشرط لصحة الصلح وقد مر بيانه في اخر باب الاستحقاق ويرد كلام هذا القائل
كلام صاحب الهداية ايضا حيث قال والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول
جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة والاصل فيه ان ما يجب تسليمه
يشترط العلم به لان الجهالة تفضي الى المنازعة مانعة من التسليم والتسلم وما لا يجب
تسليمه لا يضر الجهالة فيه وجه قوله انه اخذه على سبيل الرشوة فلا تجوز **ولنا**
اطلاق قوله تعالى الصلح خير ولا يقال الاية نزلت في الزوجين فلا يكون حجة يعني
ان الصلح خير من الفرقة لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وقد عرف ذلك في الاصول
وذلك لان اكثر الايات والاخبار وردت في حوادث خاصة ومع هذا كان حكمها عاما وتأويل
عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى ابي موسى الاشعري والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا
احل حراما او حرم حلالا قال مشايخنا معناه احل حراما لا يستباح بالعقد
كما لو صالح من مال على خمر او خنزير او حرم حلالا لا يحرم بالعقد كما لو صالحت امراة
زوجها على مال على ان لا يثبت عنده ضرتها وقول عمر والصلح جائز بين المسلمين عام
يتناول الاقرار والانكار جميعا فيكون حجة على الخصم ولانه لم يجز الصلح على الانكار
ادى ذلك الى ابطال الصلح كله فيما بين الناس لان الصلح في الغالب انما يجري بين الناس
الا في الانكار لانه لو كان مقرا لاخذ حقه فلا تحتاج الى الصلح والباقي سوف
يجيء بيانه في كتاب الصلح ان شاء الله **قوله** قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له
في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل
الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في رجل ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له وسلمها اليه في وقت
ثم جاء بالبينة على الشراء في وقت قبله لم تقبل البينة وذلك لانه متناقض لانه لما قال
جحدني الهبة فاشتريتها ادعى الشراء بعد الهبة فاذا اقام البينة على الشراء سابقا
على الهبة كان متناقضا لا محالة فلا تقبل البينة بخلاف ما اذا قال جحدني الهبة فاشتريتها
منه ثم اقام البينة على الشراء لاحقا قبلت البينة لانه ليس بمتناقض لانه امكن التوفيق
لانه لما

لانه لما جحد الهبة فاشتراها كان الشراء متقررا للملك للواهب عند الهبة فلم يكن متناقضا بخلاف
ما اذا ادعى الهبة ولم يقل جحدني الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل الهبة حيث لا تقبل
بينته لمكان التناقض لان دعوى الهبة رجوع من الاقرار بالملك للواهب فكان متناقضا
قوله يملكه اي يملك الواهب **قوله** عندها اي عند الهبة **قوله** ومن قال لاخر
اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه ان يطاها
وهذه من خواص الجامع الصغير وقال بعضهم لا يجوز له ان يطاها ويقال هو قول زفر
كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وجه قوله انه لما باعها فهي على ملك
المشتري ما لم يبعها من البايع او يتقايلا **ولنا ان** الاقالة قد تكون بلفظ الاقالة
وبلفظ الرد وبجحود مما بان تجاحد البيع ثم اذا جحد المشتري البيع حصل الفسخ من جهته
فاذا عزم البايع على ترك الخصومة بعد ذلك واقترن عزمه بالفعل وهو امساك الجارية
ونقلها من مجلس الخصومة الى منزله واستخدامها ونحو ذلك كان ذلك منه دلالة
الفسخ فتم الفسخ بينهما الا ترى الى ما قالوا في شروح الجامع الصغير اذا قال لاخر اجرتك هذه
الدار بكذا او بعتك هذا الثوب بكذا فاخذ الدار والثوب فذهب به كان ذلك قبولا منه
كذا يقال اجمعت على الامر اجماعا اذا عزمت عليه واجمعت الشيء الفته من مواضع شتى كذا
في الجمهرة والمراد فيما نحن فيه هو الاول **قوله** ونقلها اي نقل الجارية من موضع الخصومة
الى بيته **قوله** وما يضاهيه اراد به الاستخدام **قوله** ومن اقر انه قبض من
فلان عشرة دراهم ثم ادعى بعد ذلك انه زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى اي
ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير اقتضى مكان قبض واقتضى لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
اعلم انه اذا قال اقتضيت من فلان كذا دراهم ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق
لان الاقتضاء عبارة عن القبض فلو قال قبضت منك عشرة دراهم او قال اخذت
ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق فكذا اذا قال اقتضيت وهذا لان الزيوف
والنبهرجة من جنس الدراهم بدليل انه لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز وكان
القبض يرد على الزيوف كما يرد على الجياد فلا يكون في دعوى الزيوف متناقضا

فيسمع دعواه بخلاف ما اذا ادعى انها ستوقة او رصاص حيث لا يقبل دعواه
لانه متناقض لانه قال اقتضيت الدراهم ثم دعواه الستوقة او الرصاص انكار منه
بقبض الدراهم لانها ليس من جنس الدراهم ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم لم يجز وهذا
اذا لم يزد على اقتضاء الدراهم او قبضها شيئا اخر اما اذا زاد وقال قبضت مالي عليك
او استوفيت مالي عليك او قبضت حقي منك او قال قبضت الجياد ثم ادعى انها زيوف
او نبهرجة لا يصدق لانه لما اقر بقبض الجياد كان متناقضا بعد ذلك في دعوى
الزيافة وكذا اذا اقر باستيفاء ماله عليه او بقبض حقه منه لان حقه وماله عليه
كان في الجياد ودعوى الزيافة تناقض فلا يسمع قال الفقيه ابو الليث وكذلك
اذا قبض الاجر او الثمن لا يصدق بعد ذلك انها زيوف لان الاجر والثمن كان جيادا
قوله صريحا كما اذا اقر بقبض الجياد او دلالة كما اذا اقر بقبض حقه او بقبض الثمن
او اقر باستيفاء حقه لان الاقرار بذلك اقرار بالجياد دلالة لان حقه في الجياد
قوله فيما ذكرنا اي في الصرف والسلم قوله والزيف ما زيفه بيت المال
رده والنبهرجة ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش و
الستوق بالفتح اردا من النبهرج قال في النوازل قال ابو نصر الزيوف
الدراهم المغشوشة والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة
صفر مموهة بالفضة وكان الفقيه ابو جعفر يقول الزيوف ما زيفه بيت المال
والنبهرجة ما بهرجه التجار والستوقة فارسية معربة الى هنا لفظ النوازل
قوله ومن قال لاخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه
بلى لي عليك الف درهم فليس عليه شيء وهذه من مسايل الجامع الصغير وذلك لان
الاقرار يتفرد به المقر ويرتد برد المقر له لانه حجة على الخلوص فاذا كان
كذلك ارتد بالرد فاذا عاد الى التصديق بعد ذلك لا يصح لانه عاد اليه بعد
بطلان الاقرار بخلاف ما اذا اقر بالبيع فانكره المشتري ثم صدقه في مكانه يصح لان البيع
لا ينفسخ بجحود المشتري وحده فاذا عاد الى التصديق عاد والبيع قائم لم ينفسخ
فصح

انكار

فصح وهذا لان المقر به وهو البيع لا ينفرد به احد العاقدين فاذا رده المشتري
لم يرتد حتى يساعده الاخر ولم يوجد المساعدة فاذا عاد المشتري الى التصديق
صح قوله قال ومن ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي
البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء و
هذه من مسايل الجامع الصغير يعني كما يقبل البينة على القضاء فيقبل ايضا على الابراء قال
صاحب الهداية وقال زفر لا يقبل وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير وهو قول ابن ابي ليلى لا يقبل بينته لانه لما قال في الابتداء ما كان لك علي شيء
قط ثم ادعى انه قضاه صار متناقضا في كلامه فبطل دعواه وهذه المسألة على ثلاثة
اوجه احدها هذه فتقبل البينة فيها عندنا خلافا لابن ابي ليلى وزفر لامكان التوفيق
لان المدعى عليه ربما قضى دفعا لشغب المدعي وايذايه ودفعا لخصومته فيوجد
صورة القضاء وان لم يكن عليه حق الا ترى انه يصح ان يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق
واذا كان التوفيق ممكنا كانت بينته على القضاء صحيحا قالوا في شروح الجامع الصغير
ودلت المسألة على انه اذا امكن التوفيق بين الكلامين يقبل ويوفق بين الكلامين
من غير دعوى التوفيق ثم قالوا وذكر في بعض المواضع وشرط دعوى التوفيق لقبول
البينة والوجه الثاني ما اذا قال في الابتداء ليس لك علي شيء ثم اقام البينة على
القضاء او الابراء يقبل فيه البينة ايضا لان التوفيق ههنا اوضح لانه يقول ليس علي شيء
لانك ابرأتني او لاني قضيتك والوجه الثالث ما اذا قال المدعى عليه في الابتداء ما كان
لك علي شيء قط ولا اعرفك ثم اقام بينة بعد ذلك على القضاء او الابراء لا يقبل بينته
للتناقض لانه لا يتصور ان يكون بين اثنين خصومة وقضاء واخذ واعطاء ولا يعرف
احدهما الاخر قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وذكر القدوري
في هذه المسألة عن اصحابنا ان البينة القضاء يقبل لان الرجل قد يدعي على ذي خباء
امرأة محتجبة فيؤذيه بالشغب على باب داره فيامر بعض وكلايه ان يعطيه ما يرضيه
فيكون قد قضاه وهو لا يعلم به ثم علم به من بعد وقال فخر الدين قاضي خان في شرح

للجامع الصغير فعلى هذا لو كان المدعا عليه يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل بينته لانه لا يمكنه
التوفيق من هذه الوجه **قوله** ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم
ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع
البينة انه برئ اليه من كل عيب لم يقبل بينة البائع وهي من مسائل الجامع الصغير ولم
يذكر فيه خلافا بين اصحابنا وذكر هذه المسئلة في ادب القاضي واثبت فيه الخلاف
فقال لا يقبل بينة البائع على البراءة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف تقبل وجه
قول ابي يوسف الاعتبار بالدين فانه لو انكر الدين اصلا ثم اقام البينة على القضاء
او الابراء يقبل البينة لامكان التوفيق لان غير الحق قد يقضى وهنا يمكن التوفيق ايضا
لانه يجوز ان يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته ان يبريني عن العيب
فابرأني فلما امكن التوفيق قبلت البينة لعدم التناقض ولان البيع غير البراءة من
العيب فجحود احدهما لا يمنع دعوى الآخر وجه الظاهر انه مناقض في دعوى
البراءة فلا يسمع بينته لان التبري عن العيب تغيير لصفة العقد عن اقتضاء صفة السلامة
الى غيرها ولا وجود لصفة العقد بدون العقد وقد انكر العقد اصلا ودعوى
البراءة يقتضي سابقة العقد فكان مناقضا لا محالة فبطل دعواه فلم يسمع بينته
بخلاف المسئلة المتقدمة فان التوفيق ثمة ممكن لان القضاء لا يدل على سابقة
الوجوب لا محالة لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب والخصومة فظهر الفرق
قوله اعتبارا بما ذكرنا اراد به ما ذكر في المسئلة المتقدمة بان التوفيق ممكن ثم
بيانه آنفا **قوله** قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه
ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وهذه
من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل
يكتب على نفسه ذكر الحق فيكتب في اسفله ان شاء الله او يكتب الشراء فيكتب في اسفله
ما ادرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه ان شاء الله قال ان شاء الله يبطل
الدين

الدين ويفسد الشراء وقال ابو يوسف ومحمد الشراء جائز والدين لازم وقوله
ان شاء الله على من قام بذكر الحق وعلى الخلاص الا ههنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وقولهما استحسان كذا ذكر في الشامل في كتاب الاقرار من قسم المبسوط **اعلم انه اذا**
كتب صكا وكتب في آخره ان شاء الله تبطل الصك كله عند ابي حنيفة وقالا ينصرف
الاستثناء الى ما يليه لان الصك يشتمل على اشياء ولا تعلق للبعض بالبعض فانصرف
الى الذي يليه ولان الصك يكتب للاستيثاق والتاكيد لا للابطال فكان ذلك دلالة على
قصر الاستثناء على الذي يليه لانه لو تصرف الى الكل يبطل الصك اصلا ولا يبقى
الاستيثاق استيثاقا ولان الكتابة كالخطاب لا بد من ان ينقطع النفس فلا يجوز ان
يلحق الاستثناء بالكل ولابي حنيفة ان الصك تشتمل على فصول متداركة معطوف
بعضها على بعض من غير فصل في الكتبة فصار كمن تكلم بكلمات في نفس واحد استثنى
في آخرها فان الاستثناء ينصرف ثمة الى الكل فكذا ههنا تحقيقه ان الصك لما كان جامعا
جعل ما فيه لشيء واحد فانصرف الاستثناء الى الكل ولهذا اذا قال امرأته طالق
وعبده حر وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ينصرف الاستثناء
الى الكل ولا يلزمه شيء وقولهما ان الصك يكتب للاستيثاق قلنا لا نسلم لانه قد
يكتب للابطال الغرض ولئن سلمنا انه يكتب للاستيثاق لكن لا نسلم ان كتبته
للاستيثاق يمنع بطلانه عند وجود المبطل وقولهما لا بد من ان ينقطع النفس
قلنا توالي السطور والكلمات في الكتابة بمنزلة اتصال الكلام حقيقة فلم يكن
الكتاب كانقطاع النفس في الخطاب حتى قالوا لو لم يكن السطور متوالية وكان قبل
قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه ان شاء الله موضع بياض ينصرف الاستثناء
الا ما يليه خاصة لدلالة الفصل **قوله** وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام
بذكر الحق يعني ان قوله ان شاء الله ينصرف على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق لا على مجموع
الصك عندهما والمراد بالذكر الحق الصك يعني ان من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه
من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله **قوله** ولو ترك فرجة قالوا لا يلحق به اي

لو ترك الفراجا في موضع بياض قبل قوله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي عافية
ان شاء الله قال المشايخ لا يلحق قوله ان شاء الله حينئذ بجميع الصك بل الحق بقوله من قام
بذكر الحق والله اعلم **فصل في القضاء بالمواريث**
ذكر هذا الفصل في اخر ابواب القضاء لان الموت اخر احوال الانسان في الدنيا فكان ذكر
ما يتعلق بالموت مناسبا **قوله** واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت
بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وهذه من مسائل
الجامع الصغير وقال صاحب الهداية وقال زفر القول قولها وذلك لان الحادث
يضاف الى اقرب الاوقات والاسلام حادث فيجعل موجودا بعد الموت لا قبله **ولنا**
ان سبب الحرمان المراة وهو اسلامها من ميراث زوجها النصراني ثابت في الحال فيحكم
الحال عند عدم دليل اخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق الا ترى ان
ان رب **الطاحونة** مع المستاجر اذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه
يحكم الحال فان كان جاريا في الحال كان القول قول رب الطاحونة وان لم يكن جاريا
كان القول قول المستاجر وهذا بخلاف ما اذا مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت
مسلمة وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته كان القول قول
الورثة ولا يحكم الحال ههنا لان الحال حجة من حيث الظاهر والظاهر يصلح للدفع لا
للاستحقاق فلم يصلح الظاهر حجة للاستحقاق وفي المسئلة الاولى الورثة يريدون
الدفع والظاهر يصلح للدفع وفي الحقيقة لا فرق بين المسئلتين لان الورثة هم الدافعون
والظاهر يصلح للدفع لا للاثبات **قوله** قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف
درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه اي قال
الجامع الصغير وصورتها المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت وله في يد
الرجل وديعة الف درهم فيقول المودع هذا ابن الرجل الذي اودعني لا وارث له غيره
قال يقضي القاضي بان يدفع اليه الوديعة فان قال لاخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له
ابن غيري قال يقضي للاول بالمال كله الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من
الخواص

الخواص وذلك لان المودع اقر بان ما في يده للمتوفى ملكا وفي يده خلافة فلما اقر بانه للوارث
في حال حياته اصالة جاز فكذا اذا اقر خلافة كالمديون اذا اقر لرجل انه وكيل بقبض
الدين فانه يؤمر بالدفع اليه فكذا ههنا بخلاف المودع اذا اقر لرجل انه وكيل المودع
في قبض الوديعة حيث لا يؤمر بالدفع لانه يعترف بقيام حق المودع فلا يملك التصرف
فيه وليس هذا كالمديون اذا اقر انه وكيل بقبض الدين لانه يتصرف في حق نفسه لا في
حق رب الدين لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان اقراره على نفسه فصح وانما
يكون جميع المال للابن المقر له الاول لان اقراره للثاني حصل بعد انقطاع يده عن
المال فوقع شهادة على الاول فلم يصح ولم يغرم المودع للابن الثاني شيئا باقراره له لان
استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة
وثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال **قوله** قال واذا قسم الميراث
بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في ميراث قسم بين الغرماء
قال لا اخذ من الغريم كفيلا ولا من الوارث كفيلا هذا شيء احتاط به القضاة وهو
ظلم وقال ابو يوسف ومحمد ياخذ الكفيل قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير في
تفسيره اذا ثبت الدين للغرماء وقضى القاضي ديونهم واحتمل ان يكون على الميت
دين غيره او قامت البينة على المواريث ولم يشهد الشهود انهم لا يعلمون له وارثا غيره فان
القاضي يتانى فان فعل ولم يظهر له وارث فقضى هل ياخذ كفيلا ام لا الى هنا
لفظ فخر الاسلام يعني اذا ثبت الدين والارث بالاقرار يؤخذ الكفيل بالاتفاق
واذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره فلا حاجة الى التاني والكفيل بل يدفع المال
بلا تان ولا كفيل عندهم وكذلك اذا قالوا لا وارث غيره استحسانا وقال
في الفتاوى الصغرى في كتاب الدعوى وفي كل موضع قال يتانى فتلوم القاضي
يكون ذلك مفوضا اليه هكذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في الباب الاول من وصايا
الجامع ثم قال قدر الطحاوي مدة التلوم بالحول وجه قولهما ان الموت قد يقع

بقية وربما يظهر غريم آخر او وارث آخر فيحتاط باخذ الكفيل كما في تسليم الآبق واللقطة
ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان حق الحاضر معلوم ثابت وحق الغائب مجهول
غير ثابت لانه ربما يكون وربما لا يكون فلا يجوز تعطيل الحق المعلوم الثابت بالمجهول
الموهوم لان الجهل لا يصلح حجة ولهذا اذا كان الدار لها شفيعان الحاضر احدهما يقضى له
بالشفعة لا ينتظر للغائب فهذا اولى **واما مسئلة** الآبق واللقطة فان فيهما روايتين
عن مالك قال في رواية لا احب ان ياخذ منه كفيلا وقال في رواية احب ان ياخذ منه كفيلا
قالوا في شرح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فعلى ما قالوا لا يصح
قياسهما على تلك المسئلة وقال الامام العتابي في العبد الآبق واللقطة اذا وجده انسان
فادعى آخر انه له واقام البينة فانه يدفع ولا ياخذ منه كفيلا عند ابي حنيفة وعندهما
ياخذ وان دفع اليه باخباره عن العلامة او بقول العبد يوخذ منه كفيلا بالاجماع
الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لان الحق ليس بثابت ولهذا كان له ان يمنعه فصح تاخيره للتكفيل
صيانة للقضاء والباقي ينظر في كتاب اللقطة من شرحنا هذا عند قوله واذا حضر
رجل وادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة **قوله** ولابي حنيفة ان حق الحاضر
ثابت قطعا او ظاهرا اما قطعا ففيما اذا كان القاضي يعرف يقينا انه لا وارث للميت غير
الحاضر **واما** ظاهرا ففيما اذا لم يعرف القاضي وارثا آخر واحتمل وجود الآخر وعدمه
لان حق الحاضر ظهر عند القاضي ولم يظهر حق الغائب وهذا لان القاضي مامور بالحكم بما
ظهر عنده لا بما يدرك الغيب وقوله ظلم دليل على ان المجتهد يخطي ويصيب ونص على ان
الامام اشار الى ان اباحنيفة واصحابه براء عن مذهب اهل الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد
مصيب وهذا لان الاجتهاد شرط القضاء ولكن الاختلاف في انه شرط الاولوية او شرط
الجواز وقد مر بيانه في ادب كتاب القاضي **قوله** لا يكفل من المشترى او من رب الدين **قوله**
وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع هكذا قال فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير **قوله** عن مذهبه اي عن مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** واذا كانت
الدار في يد رجل اقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان يقضى له
بالنصف

بالنصف ويترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في دار في يدي رجل اقام البينة ان اباه مات وتركها
ميراثا بينه وبين اخيه فلان لا وارث له غيرهما قال يقضي له القاضي بنصفها ويترك
النصف الباقي في يد الذي في يديه الدار ولا يستوثق منه بكفيل وقال ابو يوسف و
محمد اذا جحدها اخذها منه وجعلها في يدي امين حتى يقدم الغائب وان لم يكن جحدها
ترك النصف في يديه حتى يقدم الآخر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال في المختلف
قيل ان هذا الاختلاف بناء على انه هل يجوز القضاء للغائب عندهما يجوز وعنده لا يجوز
وقيل لا خلاف في القضاء ولكن في ترك نصيبه في يدي ذي اليد الى هنا لفظ المختلف وقال
الزاهد العتابي ولو كان عروضا يوخذ من يده بالاجماع لان العروض محل تغيب وان كان
منقولا لم يوخذ نصيب الغائب من يده بالاتفاق وجه قولهما انه لما جحد صار خائنا
غاصبا ومال الغائب لا يترك في يد الخائن كما لو كان عروضا بخلاف ما اذا لم يجحد لانه
امين الميت فلا ينزع من يده لعدم الفائدة لانه اذا اخذ منه يوضع في يد امين آخر
فاذا كان الذي في يديه الدار امينا لا يحتاج الى امين آخر ووجه قول ابي حنيفة
ان القضاء وقع للميت مقصودا لان القضاء بالارث قضاء للميت ولهذا يقضى ديونه منه
وهذا امين الميت فلا ينزع من يده والغائب يرضى ايضا بكون نصيبه في يد الامين فيترك
في يده غاية ما في الباب انه جحد ولكن ارتفع الانكار عنه بقضاء القاضي ولا يشبه العقار
العروض فلم يصح القياس لان العقار محفوظ بنفسه والعروض تحتاج الى
الحفظ وغيره اولى بالحفظ ولهذا ملك الوصي بيع العروض على الكبير الغائب دون
العقار وكذلك ملك وصي الاخ والام والعم بيع العروض على الكبير ثم اذا حضر
الغائب واراد اخذ نصيبه هل يكلف اعادة البينة ام لا ففي ظاهر الرواية لا
يكلف اعادة البينة كذا ذكر فخر الاسلام وغيره وقد نص الخصاف عليه في ادب
القاضي لان بينة الحاضر كانت له ولاخيه الغائب لان احد الورثة ينتصب خصما

عن الباقين فيما يستحق له وعليه الا انه لم يظهر دعواه فاذا ظهرت دعواه قضى له كما قال
ابو حنيفة في قتل الخطا اذا اقام الحاضر البينة ثم حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة
ياخذ نصف الدية فكذلك ههنا وقال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير وقال
بعضهم على قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان يكلف اعادة البينة لان تلك البينة كانت
للحاضر خاصة كما قال في باب القصاص اذا اقام الحاضر البينة ان فلانا قتل اباه
عمدا ثم حضر الغايب يحتاج الى اقامة البينة على قول ابي حنيفة فكذلك ههنا **قوله**
والنزع ابلغ فيه اي نزع المنقول من يد المدعى عليه ابلغ في الحفظ من الترك في يده لانه
ربما يتصرف فيه لانه ثبت خيانته بجحوده فكان النزع ابلغ لانه اذا وضع في يد
امين يبقى محفوظا **قوله** وقيل المنقول على الخلاف ايضا يعني لا يوخذ نصيب
الغايب من يد المدعى عليه على قول ابي حنيفة خلافا لهما قال الاستروشني في فصوله
واما المنقول فلا شك ان على قولهما يوخذ نصيب الغايب من يده ويوضع على يدي
عدل واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة قال بعضهم لا ينزع من يده وقال بعضهم ينزع
من يده **قوله** وقول ابي حنيفة فيه اظهر لحاجته الى الحفظ يعني ان قول ابي حنيفة
في المنقول اظهر من قوله في العقار لان المنقول يحتاج الى الحفظ فاذا لم ينزع من يده كان
مضمونا عليه واذا نزع منه لم يبق مضمونا عليه فكان الحفظ في عدم النزع اكثر
قوله وانما لا يوخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشا
لانشائها يعني لا يوخذ الكفيل من صاحب اليد اذا لم ينزع نصيب الغايب من يده لا يفضي الى
انشاء الخصومة لانه ربما لا يسامح في عطاء الكفيل والاخ الحاضر يطالبه به فينشا
الخصومة والقاضي نصب لقطع الخصومة ودفعها لا لاثباتها بخلاف سائر الصور التي
يوخذ الكفيل فيها لان الخصومة قد تقدمت ثمه واخذ الكفيل دفع لها **قوله** بخلاف
الاستيفاء نفسه يعني ان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين ان المقضي له وعليه في
الحقيقة هو الميت فكان احد الورثة نايبا عنه في القضاء له وعليه وليس كذلك
الاستيفاء لان المستوفي عامل لنفسه فلا يصلح ان يجعل نايبا عن الغير فلما لم يصلح
نايبا

نايبا في حق الاستيفاء لم يستوف الا نصيب نفسه من الدار كما اذا اثبت احد الورثة دينا
على انسان للميت يثبت في حق الكل ولكن بالاتفاق يدفع الى الحاضر نصيبه مشاعا
غير مقسوم **قوله** الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل
في يده استثناء من قوله لان احد الورثة انما ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له
وعليه يعني انما ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين في الاستحقاق عليه وفي حق الكل
اذا كان الكل في يده والا فلا ينتصب خصما في حق الكل الا ترى الى ما قال في الجامع الكبير
في باب الشهادة في المواريث ولو مات وترك دارا وثلاثة بنين وابنان غايبان والدار في
يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا واخواي
فلان وفلان نصيبهما واودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد ابيكم وابي اعلم ان الغايبين
قبضا ثلثي الدار شايعا واودعا عندك لكن انا اقيم البينة انها داري تقبل بينته وذو اليد
خصم لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعي عليه فان حضر الغايبان وصدقاه
في الارث جحدا حق المدعي فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرث من ابينا شيا لكن ثلثي
الدار لنا لا بطريق الارث من ابينا يقال للمدعي اعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير
الخصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغايبين قال العتابي قال مشايخنا هذا
اذا لم تكن الدار مقسومة **فاما** اذا اقتسموا فاودع ابنان نصيبهما الحاضر وغابا لا
يقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر اموالهما فلا يكون الحاضر
خصما عنهما بخلاف ما قبل القسمة لانه تبقى على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا
الدار في يد رجل اخر مقسوما او غير مقسوم اودع عنده الغايبان من يقر بانها وديعة
للغايبين بميراث من ابيهما لم يكن خصما للمدعي فكذلك الابن الحاضر لا يكون له خصما
في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره وقال
الاستروشني في الفصل الخامس من الفصول فالحاصل ان احد الورثة ينتصب
خصما عن الميت في عين هو في يد ذلك الوارث لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا
من التركة واحضر وارثا ليس ذلك العين في يده لا يسمع دعواه وفي دعوى الدين

احد

احد الورثة ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة كذا ذكر في المحيط
والذخيرة **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وصورة
المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا قال الرجل مالي
في المساكين صدقة فهذا على ما يكون فيه الزكاة وقال اذا اوصى رجل بثلث ماله فهذا على
شيء في هذا اللفظ اصل الجامع عن فقيه قال الوالي في شرح الجامع الصغير وهذا استحسان اخذ علماؤنا
الثلاثة والقياس ان يلزمه التصدق بجميع ماله وهو قول زفر وكذا اذا قال ما املكه
فهو على ما يكون فيه الزكاة وبه صرح في كتاب الهبة قال في الشامل في قسم المبسوط في
باب الصدقة قال جميع ما املك في المساكين صدقة يتصدق بجميع ما يملك
من اموال الزكاة استحسانا وقال الشيخ ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في
الامالي حكاه عن ابي حنيفة وعن نفسه انه اذا قال مالي في المساكين صدقة انصرف الى مال
الزكاة واذا قال ما املك صدقة انصرف الى جميع الاموال وفي قول مالك يتصدق بثلث ماله
وفي قول الشافعي عليه كفارة اليمين وروي عن الشعبي انه لا يجب عليه شيء في هذا اللفظ
الفقيه في شرحه وجه القياس ان المال اسم عام يتناول ما يجب الزكاة فيه وما لا يجب
فيه الزكاة فينصرف النذر الى الكل كما لو اوصى بثلث ماله ينصرف الى الكل ولا
يختص بما فيه الزكاة الا ترى الى قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل حيث يتناول
الاموال كلها وكذا قوله عليه السلام من ترك مالا فلورثته ووجه الاستحسان ان
النذر انصرف الى مطلق المال والمال المطلق يراد به مال الزكاة والسوائم بدليل ان رجلا لو حلف
بالله ما له مال فان يمينه تنصرف الى مال الزكاة من الدراهم والدنانير ومال التجارة والسوائم
فكذا هنا ولان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ايجاب الله تعالى الصدقة في مطلق
المال ينصرف الى مال الزكاة فكذا ايجاب العبد قال تعالى خذ من اموالهم صدقة و
الصدقة لا تؤخذ من جميع المال بخلاف الوصية فانا لم نجد فيها نصا مقيدا بمال
الزكاة فانصرفت الى مطلق المال ولان الوصية اخت الميراث لانها تمليك مضاف الى ما بعد
الموت والميراث لا يختص بمال الزكاة فكذلك الوصية ووجه ما قال في كتاب الهبة في
قوله

قوله ما املك ان الملك عبارة عن المال فكان ذكر الملك كذكر المال فانصرف الى ما فيه الزكاة
استحسانا ووجه رواية الامالي ان الملك اعم من المال لان الملك قد يقع على غير المال
ايضا كالنكاح والقصاص والحجر فاذا اخرج كلامه في العموم انصرف الى عموم المال
ووجه قول مالك الاعتبار بالوصية فان الايجاب غير مشروع وان شرع التبرعات
المذهبية وهي مقدرة بالثلث ووجه قول الشافعي قوله عليه السلام النذر
يمين وكفارته كفارة يمين ووجه قول الشعبي انه ارتكب النهي لان الله تعالى قال
للنبي صلى الله عليه ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط ثم الاراضي
الخراجية لا يدخل في الايجاب فيما اريد به مال الزكاة لانها ليست من مال الزكاة
اختلف ابو يوسف ومحمد في الاراضي العشرية فقال ابو يوسف تدخل لانها من اسباب
الصدقة وهي العشر وقال محمد لا يدخل لانها من اسباب المؤنة مثل عبد الخدمة والحاصل
ذلك ان جهة المؤنة غالبة عند محمد وجهة الصدقة عند ابي يوسف والاختلاف في النوادر
كما نقل فخر الاسلام وقال في شرح الطحاوي وروي عن ابي حنيفة انه قال تدخل الارض
العشر لانها من جنس مال الزكاة وقال في شرح الطحاوي ايضا **فاما** في لفظ الهدي نحو
ان يقول لله علي ان اهدي جميع مالي او قال جميع ملكي او حلف به فقال ان فعلت
كذا فلله علي ان اهدي جميع مالي يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت النذر فيجب
ان يهدي ذلك كله الا قدر قوته فاذا استفاد اخر اهدى مثله **قوله** والمقيد
ايجاب الشرع بكسر الياء **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان
قوله ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب
شيئا تصدق بما امسك وذلك لان حاجة نفسه اهم واقدم ولم يبين محمد رحمه الله مقدار
القوت لان ذلك يختلف بقلة العيال وكثرته وقيل ان كان محترفا يمسك قوت يومه
وان كان صاحب غلة يمسك قوت شهر وان كان صاحب ضياع يمسك قوت سنة
وان كان من التجار يمسك بمقدار ما يرجع اليه ماله لا زيد الدهقان الى ما ينفق انما
يحصل سنة فسنة وبيد صاحب الغلة شهرا فشهرا وبيد العامل يوما فيوما كذا ذكر الصدر الشهيد

وعينه في شروح الجامع الصغير واراد بصاحب الغلة صاحب الدور والحوانيت التي يواجرها
قوله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي و
البيع جايز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يموت فيوصي الى الرجل ولا يعلم انه اوصى اليه فيبيع
شيئا وهو لا يعلم بالوصية قال جايز وهو وصي وقال في الوكيل لا يجوز بيعه حتى يعلم انه
وكيل فاذا اعلمه انسان فباع فهو جايز ولا يكون نهيا عن الوكالة حتى يشهد عنده
شاهدان او رجل عدل الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير والمسئلة الاولى
من الخواص ولم يذكر في الجامع الصغير قولهما كما ترى وقد ذكروا في شروح الجامع الصغير
عندهما يثبت العزل بخبر الواحد سواء كان عدلا او فاسقا او عبدا او حرا او غير
ذلك كالوكالة قال صاحب الهداية وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا يعني
لا يجوز بيع الوصي ايضا قبل العلم بالوصاية اعتبارا بالوكالة لان كل واحد منهما
نيابة لكن الوكالة قبل الموت وتلك بعد الموت وذكر فخر الدين قاضي خان عن ابي يوسف
خلاف هذا فقال في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف ان الوكالة بمنزلة الوصاية
ولا يشترط فيها العلم لان كل واحد منهما اثبات الوصاية والفرق بينهما على ظاهر
الرواية ان الوصاية خلافة لا نيابة والخلافة تثبت بدون العلم كالارث ولهذا اذا
باع الوارث شيئا من التركة صح قبل العلم فكذا الوصي الا ان الخلافة في الوصاية
بالاستخلاف وفي الارث لا بالاستخلاف وليس كذلك الوكيل فان تصرفه بحكم النيابة لا بحكم
الخلافة ولهذا يبطل الوكالة بالموت فاذا كان الوكيل نايبا لا يثبت تصرفه قبل العلم
لان الوكيل متبرع بالمنافع ولا يتصور التبرع بدون العلم بخلاف الوصايا لان الوصي
يخلف الموصي عند خلو مكانه كالوارث يخلف المورث عند خلو مكانه ولا حاجة الى العلم
ولان التوكيل والعزل امر ونهي فيعتبر اوامر العباد ونواهيهم باوامر الله تعالى ونواهيه
ولا يلزم ذلك الا بالعلم والسماع فكذا هنا ولهذا لم يومر بالاعادة من صلى من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه الى بيت المقدس بعد ما حولت القبلة الى الكعبة قبل العلم واذا
صار

صار وصيا قبل العلم لزمه الوصاية حكما لنفاذ البيع حتى لا يجوز رد الوصاية بعد
ذلك وهذه المسئلة مكررة ذكرها وسوف يجيء ذلك اخر الكتاب في بيع الاوصيا وهذا
الذي ذكره من عدم جواز التصرف قبل العلم بالوكالة اذا ثبتت مقصودة و
كذلك اذن الصبي والعبد بالتجارة ان كان قصدا لا يثبت بدون العلم لان الاذن
من الاذان بمعنى الاعلام والاعلام لا يتصور بدون العلم اما اذا ثبتت الوكالة في ضمن
امر الحاضر بالتصرف ففيه روايتان نحو ان قال الموكل لرجل اذهب بعبدي الى فلان ليبيعه
فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره ان صاحب العبد امره ببيعه
فاشتراه صح شراؤه منه وان لم يخبره بذلك واشتراه منه ذكر محمد في كتاب
الوكالة ان البيع جايز وجعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البايع وذكر في كتاب
الزيادات انه لا يجوز البيع وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع وهو ان يقول
المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد
باذن المولى كذا في شرح الطحاوي **واما** العزل القصدي فلا يصح بدون العلم والحكمي يصح
بدون العلم كما اذا مات الموكل ونحو ذلك وكذلك **الحجر** اثبات الوكالة يصح بخبر الواحد
حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل
عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقا وعند ابي حنيفة يشترط العدد او العدالة حتى لا
يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين او بخبر الواحد العدل قال في شروح الجامع الصغير
وعلى هذا الخلاف مولى العبد الجاني اذا اخبر بالجناية فباع او اعتق هل يصير مختارا
للفداء وكذا الشفيع اذا سكت بعد ما اخبر بالبيع وكذا البكر اذا سكتت بعد ما اخبرت
بانكاح الولي وكذا الذي اسلم في دار الحرب لم يهاجر فاخبر بالشرايع وكذا العبد المأ
ذون اذا اخبر بالحجر فعند ابي حنيفة لا بد من العدد او العدالة حتى يصير المولى
مختارا للفداء ويبطل حق الشفيع بالسكوت ويكون السكوت رضا في البكر ويلزم الشرايع
على الذي اسلم وعندهما لا يشترط العدد والعدالة وجه قولهما ان هذا من باب المعاملات
وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة ومجلس القضاء فيعتبر بخبر الواحد

الخاطب

عدلا كان او لم يكن كما في الوكالة والاذن كما اذا كان المخبر رسولا حيث لا يشترط العدد والعدالة والحاصل انهما يعتبران الانتهاء بالابتداء لانه لو اخبر واحد بالوكالة جاز فكذا اذا اخبر واحد بالعزل وجه قول ابي حنيفة ان الاخبار بالعزل الحجر ومجلس القضاء ويشبه الالزامات من وجه لانه يلزمه الامتناع من التصرف فلو كان الزاما من كل وجه لروعي فيه شرايط الشهادة وهو الزام من وجه دون وجه فروعي فيه احد وصفي الشهادة وهو العدد او العدالة وبهذا فارق الاخبار بالوكالة لانه ليس فيها معنى الالزام لان الوكيل مخير بين ان يفعل وبين ان لا يفعل فلم يراع فيها شرايط الشهادة اصلا وقال فخر الدين قاضي خان في شرحه للجامع الصغير وذكر الطحاوي والفقيه ابو جعفر ان الوكالة لا يثبت بقول الواحد الفاسق عند ابي حنيفة وانما يثبت بتصديق الوكيل حتى لو لم يصدقه لا يثبت فعلى هذا لا فرق بين الوكالة والعزل لان في العزل اذا صدقه ينعزل **قوله** لان الوصاية انابة اي جعل الغير نايبا مناب ولا يقال الانابة بمعنى النيابة تستعمل في كتب اللغة بهذا المعنى انما المستعمل فيها انها بمعنى الرجوع الى الله تعالى لانا نقول كل ثلاثي اذا اريد تعديته يعدى باحد الاشيا الثلاثة الهمزة والباء والتضعيف وهو القياس ولهذا قال الزمخشري في اول سورة الروم في تفسير قوله في ادنى الارض اي في ادنى ارضهم الى عدوهم على انابة اللام مناب المضاف اليه ثم اذا كان الفعل المعدى باحد هذه الاشياء لازما يكون به متعديا الى واحد واذا كان متعديا الى واحد يكون به متعديا الى اثنين واذا كان متعديا الى اثنين يكون به متعديا الى ثلثة فافهم **قوله** بخلاف الاول وهو الاعلام بالوكالة يعني ليس فيه معنى الالزام اصلا فلم يشترط فيه العدد والعدالة **قوله** واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يموت وعليه دين ثلثماية درهم لرجل وله عبد يساوي ماية درهم فيرفع الغريم الوصي الى القاضي فيامره بالبيع للغريم في دينه فيبيعه بماية فيقبض الوصي الثمن فيهلك ثم يستحق العبد من يد المشتري قال يرجع المشتري بالثمن على الوصي ويرجع الوصي على الغريم

الغريم ولو كان الذي باعه امين القاضي او القاضي رجع المشتري على الغريم بالثمن والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم سوا الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير **اعلم** ان الوصي اذا باع العبد وقبض الثمن فضاع الثمن في يده ثم استحق العبد او مات قبل القبض رجع المشتري بالثمن على الوصي لان حقوق العقد ترجع اليه لانه عاقد ثم يرجع الوصي بذلك على الغريم لان الضمان لحقه لاجل عمل عمله لاجل الغريم والقاضي لما امر الوصي بالبيع صار كالمكره فوجب حاصل الضمان على الغريم لان البيع وقع لاجله فلو باع القاضي او امينه وقبض الثمن وضاع في يده ثم استحق العبد او مات قبل القبض لا يرجع المشتري على القاضي ولا على امينه وان كان عاقدا بل يرجع على الغريم لان امين القاضي لا عهدة عليه كما لا عهدة على القاضي لانا لو اوجبنا الضمان على القاضي او امينه لتقاعد الناس عن عهدة هذه الامانة خوفا من ضمان فحينئذ يضيع حقوق المسلمين فلما تعذر الرجوع على القاضي او امينه وجب الرجوع على الغريم لان البيع وقع لاجله كما اذا كان العاقد عبدا محجورا او صبيا محجورا ولو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فقبض الثمن فضاع ثم استحق العبد او مات قبل القبض رجع المشتري بالثمن على الوصي ثم الوصي على الوارث ولو باعه امين القاضي يرجع المشتري على الوارث فان كان الوارث صغيرا ينصب القاضي عنه وصيا فيقضي دينه واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا في هذا المقام فان قيل لو ظهر للميت مال اخر بعد ذلك انما حكمه قيل للغريم ان ياخذ دينه بلا شك **واما** المائة التي غرم تجوز ان يقال يرجع في ذلك ايضا لان ذلك الضمان لحقه لامر الميت فيرجع في ذلك في مال الميت **قوله** عبدا للغرماء اي لاجل الغرماء **قوله** واخذ المال اي الثمن فضاع اي المال وهو الثمن **قوله** محجورا عليه اي عبدا محجورا او صبيا محجورا وانما اطلقه ليتناولهما جميعا **قوله** ولهذا يباع بطلبهم اي يباع العبد بطلب الغرماء وهو ايضاح لقوله لان البيع واقع لهم اي لاجل الغرماء **قوله** كما اذا باعه بنفسه اي باعه الميت حال حياته بنفسه **قوله** يرجع الغريم فيه بدينه اي يرجع رب المال بدينه في المال الذي ظهر

للبيت يعني يأخذ دينه من ذلك المال **قوله** قالوا اي قال المشايخ وهذا اشارة الى
جواب الفقيه ابي الليث **قوله** يرجع بالمائة التي غرمها اي يرجع الغريم بما له اي
لاجل الوارث وقد مر بيانه

فصل آخر

مسايل هذا الفصل متفرقة تجمعها اصل واحد وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل
او بعده مقبول ام لا فلذلك ذكرها في فصل على حدة **قوله** واذا قال القاضي قد
قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك
ان تفعل وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رحمه الله قال اذا قال القاضي لك قد قضيت على هذا بالرجم وسعك
ان ترجمه واذا قال قد قضيت عليه بالقطع فاقطعه وسعك ان تقطعه وكذلك
الضرب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال الفقيه ابو الليث وروي عن محمد
ابن الحسن قال لا يسعه ذلك ما لم يكن الشهادة بحضرته قالوا في شروح الجامع الصغير
وقياس هذه الرواية ان لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي ثم قالوا وبهذه الرواية
اخذ مشايخنا وقالوا ما احسن هذا في زماننا لان القضاة قد فسدوا فلا يؤتمنون
الا انهم لم يأخذوا بهذه الرواية في كتاب القاضي الى القاضي واخذوا بظاهر الرواية للضرورة
وجه هذه الرواية ان قول الواحد لا يكون حجة وقبول خبر الواحد في نبوة الانبياء
عليهم السلام لان معهم علامات المعجزة وهم معصومون عن الكذب اذا لم يكن قول الواحد
حجة لا نقبل قوله ما لم يكن الشهادة بحضرته ووجه ظاهر الرواية قوله تعالى اطيعوا
الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم والقاضي من اولي الامر فيقبل قوله لان قبول
قوله من الطاعة ولان القاضي امين المسلمين فيما فوض اليه فيجب تصديقه وصار اخباره
بحق الولاية كاخبار الجماعة فوجب الاعتماد على قوله ولهذا كان كتاب القاضي الى
القاضي حجة لان شهادته واخباره بمنزلة شهادة شاهدين فصح نقله كشهادة
الشاهدين على شهادة شاهدين وقال الشيخ ابو منصور الماتريدي في المسئلة على
اربعة اوجه ان كان القاضي عالما عدلا قبل قوله لقوله تعالى واولي الامر منكم
وان كان

وان كان فاسقا جاهلا او فاسقا عالما لا يقبل ولا يعمل به الا ان يعاين سبب
الحكم وان كان عدلا غير عالم يستفسر ان احسن وجب تصديقه وقبول قوله
والا فلا وانما لا يقبل قوله اذا كان فاسقا قبل معاينة سبب الحكم لقوله تعالى
ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا يستفسروا اي عن قضائه **قوله** فان احسن
اي تفسير قضائه **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها
الى فلان فقضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي و
هذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه ان عزل القاضي عن القضاء فقال
قد اخذت منك الف درهم فدفعتها الى فلان فقضيت بها له عليك فقال المأخوذ منه
بل اخذتها ظلما كان القول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت عليك بقطع اليد
في حق فقال صاحب اليد بل قطعتها ظلما كان القول قول القاضي اذا كان المقطوعة
يده والمأخوذ منه المال يقران ان ذلك كان والقاضي قاض قبل ان يعزل الى هنا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير وذلك لانهما اقرا بان القاضي فعل ذلك في حالة القضاء
ودعوى التعدي في تلك الحالة فكان القول قول القاضي بشهادة الظاهر لان الظاهر من حال
القاضي انه لا يجور فلا يكون ضامنا لان فعل القاضي على وجه الحكم لا يوجب الضمان
ولا يمين على القاضي لانه لو وجبت عليه لتقاعد الناس عن مباشرة القضاء فيضيع
حينئذ حقوق الناس ولانا لو الزمناه اليمين لكان خصما وقضاء الخصم لا يجوز والقاضي
عهد امينا لا خصما ولا ضمان على الآخذ والقاطع ايضا لان فعلهما وقع بقضاء القاضي
ظاهرا فلا يوجب الضمان وكذلك لو قال المأخوذ منه او المقطوعة يده اخذت
او قطعت قبل ان تكون قاضيا او بعد العزل فالقول قول القاضي انه فعله في حالة
القضاء ولا ضمان عليه لانه لما اسند فعله الى حالة القضاء وكان قضاؤه معروفا
كان منكرا اصلا الا ان الآخذ والذي استوفى القطع ان كان قضاء ضمن في هذه
الصورة اذا كان مقرا بما اقر به القاضي لانهما اقرا بسبب يوجب الضمان الا انا لو قبلنا
قول القاضي في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال الضمان عن غيره بخلاف

في الفصل الاول فانهما لا يضمنان وان اقرا بما اقر به القاضي لان قول القاضي في
حال قضائه حجة ودفعه المال الى رب الدين او المستحق صحيح هذا اذا كان المال
مستهلكا **اما** اذا كان قائما في يد الاخذ واقر بما اقر به القاضي يؤخذ منه سواء
صدق الماخوذ منه القاضي انه فعله في حالة القضاء او ادعى فعله في غير حالة
القضاء لان الاخذ اقر بسبب الضمان حيث اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يسمع
قوله في دعوى التمليك بلا حجة وقول القاضي المعزول ليس بحجة **قوله** كما اذا
كان معاينا يعني اذا كان دفع القاضي المال الى الاخذ معاينة في حال القضاء لا يضمن
الاخذ لانه وجد الاخذ في حالة القضاء فلذلك هنا لا يضمن ايضا لان الاخذ
وجد في حال القضاء لان الماخوذ منه مقر ان ذلك وقع في حال القضاء ولكنه
ادعى ظلما **قوله** كان معهودا اي معلوما عند الناس **قوله** ولو اقر القاطع و
الاخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي يضمنان اراد بهذا الفصل ما اذا زعم الماخوذ
منه او المقطوعة يده ان الاخذ والقطع وقع قبل تقليد القضاء او بعد العزل
لا يقال القاضي لا يضمن لاضافته الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان فينبغي ان
لا يضمن الاخذ والقاطع ايضا لانهما اسندا الفعل ايضا الى حالة معهودة منافية
للضمان لانا نقول جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة
قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرا والظاهر لا يعارض القطعي ونختم كتاب ادب
القاضي بمسائل قضاء القاضي بعلمه قال في خلاصة الفتاوى القاضي يقضي في حقوق
العباد بعلمه بان علم في حال قضائه في مصره ان فلانا غصب فلان او طلق امراته
وفي التجريد في اخر كتاب الحدود عن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا
يقضي بعلمه وفي الحدود التي هي حق الله تعالى كحد الزنى وشرب الخمر لا يقضي بعلمه الا
انه اذا اتي بالسكران يعزره وفي القصاص وحد القذف يقضي بعلمه واما اذا
علم قبل القضاء في حقوق العباد عند ابي حنيفة لا يقضي بذلك العلم اذا رفعت اليه
تلك الحادثة وعندهما يقضي وعلى هذا الخلاف اذا علم في غير المصر الذي هو فيه
قاض

قاض ثم حضر مصره فرفعت اليه تلك الحادثة وفي التجريد جعل قول محمد مع ابي حنيفة
ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وسواء كان مقلدا على الرساتيق او لم يكن واصل هذا ان قضاء القاضي
في القرية والمفازة لا ينفذ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو علم حادثة
وهو قاض في مصره ثم عزل عن القضاء ثم اعيد على القضاء بعد ذلك عند ابي حنيفة
لا يقضي وعند ابي يوسف ومحمد يقضي وفي الفتاوى قال اصحاب الامالي ان
عند ابي يوسف ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا ذكر عن محمد في النوادر انه ينفذ
قضاؤه في السواد الكل من كونه في الخلاصة

كتاب الشهادات

ذكر كتاب الشهادات بعد كتاب ادب القاضي لان
القاضي يحتاج في حكمه الى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه **قوله** الشهادة
فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي وهذا لفظ القدوري
في مختصره والاصل فيه قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا فيه وجهان احدهما
لا يمتنع المدعوون لتحمل الشهادة عن الحضور ليتحملوا الشهادة **والثاني**
لا يمتنع المتحملون اذا دعوا الى اداء الشهادة ليؤدوها والاول للندب والثاني للفرض
كذا في التيسير وقال في شرح التاويلات وهذا اشبه لان للشهود ان يقولوا الخصم
الحضم ههنا المشهود عليه فانا لا نحضر المكان الذي هو فيه وليس لهم هذا القول في الاداء
اذ الاداء لا يكون الا عند الحاكم فقد الزموا الحضور الى بابه فلذلك كان اولى وقوله
تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قال في شرح التاويلات جعل القلب
اثما بكتمان الشهادة لان ذلك انما يتحقق بعزم القلب على ذلك لان كل فعل ينعقد
طاعة او معصية فانما يكون بفعل القلب وهو القصد والاختيار وهو معنى قول
النبي صلى الله عليه ان في الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله واذا فسدت فسد
الجسد كله الا وهي القلب وقال في الكشاف كتمان الشهادة هو ان يضمرها ولا يتكلم بها
فلما كان اثما مقترفا بالقلب اسند اليه لان اسناد الفعل الى الجارحة التي يعمل بها ابلغ الا ترى

تقول اذا اردت التوكيد هذا مما ابصرته عيني ومما سمعته اذني ومما عرفه قلبي
ولان القلب هو رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلحت صلح الجسد كله وان فسدت فسد
الجسد كله فكانه قيل فقد تمكن الاثم في اصل نفسه وملك اشرف مكان فيه وليلا يظن
ان كتمان الشهادة من الاثام المتعلقة باللسان فقط وليعلم ان القلب اصل متعلقه و
معدن اقترافه واللسان ترجمان عنه ولان افعال القلوب اعظم من افعال ساير الجوارح
وهي لها كالاصول التي تتشعب منها الا ترى ان اصل الحسنات والسيئات الايمان
والكفر وهما من افعال القلوب فقد شهد له بانه من معاظم الذنوب ثم انما علق فرضية
اداء الشهادة بطلب المدعي لان الحق لما كان له لم يلزمهم الشهادة قبل طلبه بل توقف
على الطلب كما في ساير الحقوق **قوله** والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين
الستر والاظهار هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه والستر افضل وذلك
لانه يخير بين امرين اقامة الحدود حسبة لله تعالى والستر توقيا عن هتك المسلم
ولكن الستر افضل لما روى مالك في الموطا عن يحيى بن سعيد بلغه ان رسول الله صلى
الله عليه قال لرجل من اسلم يقال له هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك قال
مالك فحدثت بهذا الحديث في مجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال الاسلمي فقال يزيد
هزال جدي وحدث صاحب السنن عن يزيد عن ابيه ان ماعز بن مالك اتى النبي
صلى الله عليه فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك كان
خيرا لك قال ابن شاهين في كتاب المعجم وهزال هو الذي اشار عليه ان ياتي النبي صلى الله عليه
يعني اشار على ماعز وحدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي باسناده الى ابي هريرة قال جاء
سارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق
وروى صاحب السنن باسناده الى ابي امية المخزومي ان النبي صلى الله عليه اتي بلص قد
اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال رسول الله صلى الله عليه ما اخالك سرقت
قال بلى فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع وجيء فقال استغفر الله وتب اليه فقال
استغفر الله واتوب اليه فقال اللهم تب عليه ثلثا وحدث صاحب السنن باسناده الى

ابن

ابن عباس ان النبي صلى الله عليه قال لماعز بن مالك لعلك قبلت او غمزت او نظرت
قال لا قال افنكتها قال نعم قال فعند ذلك امر برجمه فدلت هذه الاحاديث ان
الستر هو المندوب ويؤيده قوله عليه السلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا
والاخرة رواه ابو هريرة في الجامع الترمذي وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه انه
قال من راى عورة فسترها كان كمن احيا موؤودة من قبرها **قوله** الا انه يجب ان
يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه
ولا يقول سرق وذلك لان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا فان سقط القطع لشبهة وجب
المال وان وجب القطع سقط الضمان فاذا كان كذلك وجب على الشاهد ان يقول اخذ
ولا يقول سرق مراعاة للجانبين جانب صاحب المال وجانب السارق فيقول
اخذ حتى يجب المال ولا يجب القطع لانه اذا وجب المال تحيى حق صاحب المال واذا
لم يجب القطع يكون الستر على السارق بخلاف ما اذا قال سرق لانه يسقط الضمان
حينئذ فيضيع حق صاحب المال فلهذا كان الشهادة بالاخذ اولى من السرقة لانها
شهادة على وجه يثبت المال دون الحد وفيها رعاية الجانبين فان قلت كيف
كان الستر افضل مع تنصيص قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة قلت الاية
نزلت في المداينة في حقوق العباد لا في الحدود بدلالة الاحاديث التي رويناها انفا
قوله قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يشترط فيها اربعة من الرجال
اي قال القدوري في مختصره **اعلم ان الشهادة** على مراتب يذكر جميعها على
الترتيب ان شاء الله تعالى **منها** الشهادة في الزنا لا يقبل فيها الا شهادة اربعة
رجال عدول مسلمين وهم احرار وهم يشهدون انهم راوه كالميل في المكحلة واشتراط
الاربعة لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة
من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقيل لان الزنا فعل اثنين فيشترط على كل
واحد منهما اثنان واشتراط العدالة لما مر في كتاب الحدود ان الفاسق في ادائه خللا او
قصورا لتهمة الكذب والكافر ليس باهل للتحمل والاداء وكذلك العبد ليس له اهلية

من النبي

الاداء ولا يقبل في الشهادة في الزنا شهادة النساء اصلاً لا وحدهن ولا مع الرجال ولا الشهادة
على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي اما شهادة النساء فلحديث الزهري مضت
السنة من لدن رسول الله والخليفتين من بعده ان لا يقبل شهادة النساء مع الرجال في
الحدود والقصاص ولان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيام شهادتهن مقام
شهادة الرجال والحدود تندرئ بالشبهات واراد بالخليفتين ابا بكر وعمر رضي الله
عنهما والزهري من كبار التابعين بالمدينة توفي في شهر رمضان سنة اربع و
عشرين ومائة كذا قال القتبي وغيره **قوله** ولا يقبل فيها شهادة النساء هذا لفظ
القدوري وقد مر بيانه انفا **قوله** ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص
يقبل فيها شهادة رجلين وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يقبل فيها
شهادة النساء وذلك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فيعمل بعموم النص الا فيما دل دليل الخصوص كما في الزنا لانه
خص بنص اخر على حدة كقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا يقاس الحدود و
القصاص على الزنا لان الحدود لا يجوز اثباتها بالقياس لشبهة فيه ولانه يلزم
حينئذ معارضة الرأي النص فلا يجوز وهذا لان عموم قوله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم يقتضي ان يجوز شهادة النساء معهن في الحدود والقصاص والقياس على الزنا
يقتضي عدم جوازها بل يقتضي اشتراط الاربعة فيلزم المعارضة لا محالة وانما لم
يجز شهادتهن لحديث الزهري الذي قدمناه ولان الحدود والقصاص مما يسقط
بالشبهة وفي شهادة النساء شبهة البدلية فلا تقبل قال في الاجناس قال في
نوادر ابن رستم ويقبل فيه اي في التعزير الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء
مع الرجال ويجوز فيه العفو ويصح فيه الكفالة وهو حق الادمي **قوله** لما قلنا اشارة
الى حديث الزهري وما ذكره من شبهة البدلية **قوله** قال وما سوى ذلك من
الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال
مثل النكاح والطلاق والوصية اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي لا يقبل شهادة
النساء

النساء الا في الاموال وحقوقها كالاجل والخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطأ وفي
كل جرح لا يوجب الا المال فيثبت برجل وامرأتين وكذا فسخ العقود وقبض
نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه وما ليس بمال
ولا يؤول الى المال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق والاسلام والردة والبلوغ
والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص من الوصاية والوكالة فيثبت
برجلين ولا يثبت برجل وامرأتين واما لا يطلع عليه الرجال كالولادة وعيوب
النسا والرضاع فانه يثبت باربع نسوة ولا يثبت الولادة بقول القابلة وحدها
ذكرها كذا في وجيزهم وجه قوله ان الاصل في شهادة النساء عدم القبول لقلة
ضبطهن ونقصان عقولهن الا ترى الى قوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما
الاخرى وقال عليه السلام انهن ناقصات العقل والدين ولهذا لا يقبل شهادة
شهادتهن في الحدود والقصاص ولا يقبل شهادتهن منفردات ولا شهادتهن
مختلفة ايضا وهن لا يصلح للامارة والقضاء فعلم بذلك ان الاصل في شهادتهن
عدم القبول الا انها قبلت في الاموال ضرورة لان المبايعات تقع بغتة وربما
يتعذر احضار الذكور ولا يمكن الحاق النكاح ونحوه بالمال لان المال اقل خطرا من البضع
لهذا يجري البذل والاباحة في الاموال دون الابضاع وكذا النكاح لا يقع بغتة
بل بعد مشاورة فلم يلزم من اعتبار شهادتهن في الاموال وحقوقها اعتبارها في
غيرها ولنا قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فيقبل شهادة
المرأتين مع الرجل الا فيما دل دليل الخصوص كالزنا والحدود والقصاص ولان
الاصل في شهادتهن القبول لقيام الحرية والعقل والضبط والدليل على
الضبط قبول روايتهن في الاخبار غاية ما في الباب ان في عقولهن نقصانا و
ضلالا وذلك ينجبر بانضمام الاخرى اليها كما قال الله تعالى فتذكر احداهما الاخرى
ولا يبقى بعد ذلك الا الشبهة فيسقط بها ما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص
ويثبت ما لا يثبت بالشبهة كسائر الحقوق بخلاف شهادة النساء منفردات

وجود

حيث كان القياس ان يقبل لوجود الحرية والعقل والبلوغ والضبط الا انا لم نقبل على خلاف القياس لئلا ينقض ذلك لاكثرة خروجهن وبين انهن مؤمورات بالقرار في بيوتهن قال تعالى وقرن في بيوتكن ولا يقال ما لا يقصد به المال اذا لم يقبل فيه شهادة النساء منفردات ينبغي ان لا يقبل ايضا شهادتهن مع الرجال كما في الحدود والقصاص لانا نقول ببطلان ذلك بالاجل والخيار على انا نقول القياس مع وجود الفارق بين الاصل والفرع باطل وقد وجد الفارق لان الاصل يسقط بالشبهة فلم يقبل شهادة النساء بخلاف النوع **قوله** ونحو ذلك كالعتاق والنسبة **قوله** وتوابعها اي وتوابع الاموال نحو الخيار والاجل والشفعة وغير ذلك مما ذكرنا **قوله** الا انها قبلت في الاموال استثناء من قوله لان الاصل فيها عدم القبول وبيانه مر انفا **قوله** بالاول اي بالمشاهدة **قوله** وبالثاني يعني بالضبط بقي العلم للشاهد **قوله** وبالثالث اي بالادا **قوله** وهذه الحقوق اراد بها النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك **قوله** ويقبل في الولادة والنكاح والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة هذا لفظ القدوري في مختصره وقال مالك وتجوز شهادة امراتين في الولادة منفردة تين في الولادة والاستهلال وعيوب الاماء ولا تجوز في ذلك شهادة امراة واحدة هذا لفظ كتاب التفريع لاصحاب مالك ومذهب ابن ابي ليلى في المبسوط كقول مالك وقال الشافعي يشترط الاربع فيما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع ولا يثبت الولادة بقول القابلة وحدها وقد امضينا الرواية عن جيزم وذكر الخرقي من اصحاب احمد ابن حنبل في مختصره ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما اشبهها شهادة امراة عدلة وقال في المختلف وعندنا الواحدة تكفي والثنتان احوط وقال محمد ابن الحسن في المبسوط شهادة امراة حرة مسلمة يقبل فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة وان كانت امراتان او ثلاث فاحب الي لما روي عطا ابن ابي رباح عن النبي صلى الله عليه شهادة النسا فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه جائزة ووجه قول الشافعي ان كل امراتين تقومان مقام رجل واحد كما

وجه قول الشافعي

كما في المداينات ووجه قول ابن ابي ليلى ومالك ان المعتبر في الشهادة شيئان الذكورة والعدد ولم يعتبر الذكورة فيما لا يطلع عليه الرجال فيعتبر العدد **قوله** ما روينا من حديث عطاء عن النبي صلى الله عليه وقد رواه محمد في اول باب الشهادة النساء من شهادات الاصل عن ابي يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعطا ابن ابي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه شهادة النسا جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال بدليل ان اللام للعهد ولم يمكن الحمل بالعهد لانه لا عهد في اقسام الجموع فحمل على الجنس مجازا لان الجنس يعني الجاع ومعنى العهد ايضا لانه يراد به هذا الجنس من اقسام الاجناس فكان الحمل على الجنس اولى ثم الجنس يتناول الادنى ليتيقنه مع احتمال الكل فقبلت شهادة الواحدة فكان الحديث حجة على الخصوم ولان اصحابنا رووا في الاسرار وغيره عن حذيفة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه اجاز شهادة القابلة في الولادة وكذلك روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ولانه مما يقبل فيه قول النسا على الانفراد لا يعتبر فيه العدد كالاخبار عن النبي صلى الله عليه وقد ذكر في مختصر الاسرار عن الحاكم انه ذكر في المنتقى ان لفظ الشهادة والحرية غير معتبر عندنا ثم قال وحكي عن الكرخي ان الشهادة على الولادة ليست بشهادة وانما هو خبر وقال في المختلف لنا ان هذا خبر وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة وخبر الواحد في الديانات مقبول ولا يقال شهادة تحق فيشترط فيها العدد كسائر الشهادات لانا نقول سائر الشهادات لما اعتبر فيها العدد لم يعتبر شهادة النسا على الانفراد وهنا لما اعتبر شهادتهن على الانفراد لم يعتبر العدد كما في الاخبار عن النبي صلى الله عليه ولا يقال لما يشترط في سائر الشهادات يشترط هنا فيشترط العدد لانا نقول يبطل ذلك بالذكورة حيث لم يشترط بالاجماع **قوله** ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق اي حكم شهادة المراة الواحدة شرحناه في الطلاق في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد

الولادة يثبت بشهادة امراة واحدة يشهدن بالولادة وينظر ثمة في شرحنا هذا **قوله**
واما حكم البكارة فان شهدن على انها بكر تؤجل في العنين ويفرق بعده لانها تايدت بمؤيد
اذ البكارة اصل وذكر في كتاب الاستحسان امراة العنين مع زوجها اذا اختلفا بعد مضي المدة
فقال هو وصلت اليها وقالت هي لم تصل الي فانها تري النسا فان قلن هي بكر فانها تخير
فلو اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما فاثبت الفرقة بقولهن لتايده بشهادة الاصل هي
البكارة **قوله** ولذا في رد المبيع اشتراها بشرط البكارة قال العتابي في شرح الجامع الكبير
في باب البيع الذي يكون فيه الاختلاف شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه
الرجال حجة من غير يمين اذا تايدت بمؤيد وان لم تتايد تعتبر في حق توجه الخصومة لا في
الزام الخصم ثم قال وان اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده
فقال البايع هي بكر في الحال فان القاضي يريها النسا فان قلن هي بكر لزم المشتري
من غير يمين البايع لان شهادتهن تايدت بمؤيد هنا لان الاصل البكارة وان قلن هي ثيب
لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد
بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البايع لان اليمين لا بد لها من الدعوى
والخصومة وحق الخصومة حق ضعيف لانه ليس بمقصود لنفسها فجاز ان يثبت بشهادتهن
فيحلف البايع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها بالله لقد بعتها وهي بكر فان
نكل ترد عليه وان حلف لزم المشتري الباقي ينظر في اخر شروط الخيار من شرحنا هذا
قوله واما شهادتهن على استهلال الصبي لا يقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث
اعلم ان شهادة المراة الواحدة الحرة المسلمة على استهلال الصبي في حق
الصلاة عليه تجوز بالاتفاق اما في حق الارث فلا يقبل الا شهادة رجلين او رجل وامراتين
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما تقبل فيه شهادتها وحدها لان صوته يقع
عند الولادة وعندها لا تحضر الرجال ولابي حنيفة ان شهادتها على الاستهلال في
حق الارث من باب القضا والالزام فلا يقبل شهادة القابلة وحدها لعدم الضرورة
لان صوت الصبي مما يطلع عليه الرجال بخلاف شهادتها في حق الصلاة لانها من امور الدين
فيقبل

فيقبل خبر الواحد في الديانات واستهل الصبي اذا صاح عند الولادة **قوله** قال
ولا بد في ذلك من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة
وقال **اعلم** او اتيقن لم يقبل شهادته اي قال القدوري في مختصره وقد بينا قبل هذا
ان الشهادة على مراتب اربعة شهادة في الزنا يشترط فيها اربعة من الرجال
ولا يعتبر شهادة النساء وشهادة في ساير الحدود والقصاص يشترط فيها
شهادة رجلين ولا يقبل شهادة النسا وشهادة في ساير الحقوق يعتبر فيها شهادة
رجلين او رجل وامراتين وشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة
وعيوب النسا يقبل فيها شهادة امراة واحدة عدلة والثنتان احوط
ثم لا بد في ذلك كله من عدالة ولفظة الشهادة وهذا هو اختيار القدوري
وعليه مشايخنا ومشايخ بلخ ومشايخ العراق على خلاف هذا كذا ذكر في الخلاصة
قبل الفصل الثالث من الشهادات وقد ذكرنا قبل هذا عن المنتقى ان لفظة الشها[دة]
والحرية غير معتبرة وقد حكي عن الكرخي ان الشهادة على الولادة ليست
بشهادة وانما هي خبر واليه ذهب صاحب المختلف اما اشتراط العدالة فلقوله
تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء
والفاسق ليس بمرضي فلا يقبل شهادته وقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا
ولان الفاسق يتعاطى ما هو محرم في دينه فربما يقدم على شهادة الزور ايضا فترد
شهادته للتهمة وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان ذا مروءة يقبل شهادته لانه
لا يقدم على الكذب لمروته ولا يستاجر على شهادة الزور لوجاهته والاول
اصح لما تلونا من الايات ولان في قبول شهادة الفاسق اكرامه والفاسق يجب
اهانته زجرا له عن المعصية يؤيده قوله عليه السلام اذا لقيت الفاسق
فالقه بوجه مكفهر واما اشتراط لفظة الشهادة فلان النصوص جاءت
بلفظ الشهادة كقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل وقوله ممن ترضون من الشهداء
وقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وغير ذلك فلما وردت النصوص بلفظ الشهادة

لم تجز تغييرها وتبديلها قوله هو الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق وقد مر
قبل هذا قوله ويشترط فيه الحرية والاسلام اي يشترط في الشاهد الحرية في جميع ما
ذكرنا من مراتب الشهادة قوله قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة
في المسلم هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا في الحدود والقصاص فانه يسأل
عن الشهود وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم في السر
والعلانية وهو مذهب الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع وكان الشيخ ابو بكر الرازي
يقول لا اختلاف في هذه المسألة بين اصحابنا لان ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب
على ما شاهده منهم العدالة وقد زكاهم رسول الله صلى الله عليه بقوله خير القرون قرني الذي
انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب واجاب ابو يوسف ومحمد
في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة لقال بقولهما
وهذا معنى قوله في المتن وقيل هذا اختلاف عصر وزمان اعلم ان في الحدود والقصاص
لا يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة بل يسأل عن الشهود ويستقصي درءا للحد لقوله عليه السلام
ادرؤا الحدود بالشبهات ولان الحدود يحتاط فيها ما لا يحتاط في غيرها ولهذا لا يقبل
فيها شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة فوجب الاحتياط بالسؤال عن العدالة و
اما في غير الحدود والقصاص فان طعن الخصم في الشهود سأل عنهم بالاتفاق لانه حق
وجب له بدعواه وان لم يكن حقا له قبل الدعوى لحضور مجلس الحكم والاستحلاف
وان لم يطعن الخصم يكتفي بظاهر العدالة عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وجه قولهما
ان الشاهد قد يكون عدلا وقد يكون فاسقا وقد يكون عبدا او كافرا فلا بد من
الاستكشاف صيانة للقضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا وجه
قول ابي حنيفة ان النبي صلى الله عليه قبل شهادة الاعرابي على رؤية الهلال ولم يسأل
عن عدالته في الباطن حيث اظهر الاسلام ولان الظاهر هو العدالة في المسلمين قال
عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ويكتفي بالظاهر لتعذر
الوصول الى القطع لان قول المزكي ايضا عمل بالظاهر بخلاف ما اذا طعن
المشهود

المشهود عليه حيث يسأل عن الشهود لانه تقابل الظاهران لان الشاهد المسلم
لا يكذب ظاهرا فكذلك الخصم مسلم لا يكذب في طعنه ظاهرا فوجب السؤال طلبا
لترجيح احد الظاهرين على الاخر وهذا كمدعي الشفعة بالجوار حيث لا يلزمه القاضي
اقامة البينة على ملك الدار فاذا طعن الخصم حينئذ يلزمه اقامة البينة لان
الظاهر لا يعتبر للالزام كذا فيما نحن فيه ولان السلف الصالح لم يسألوا عن الشهود بل
اكتفوا على ظاهر العدالة واول من سأل عنهم ابن شبرمة فدل اتفاقهم على اعتبار
عدالة الاسلام كذا في شرح الاقطع قوله وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم يعني في
غير الحدود والقصاص لان في الحدود والقصاص يسأل قبل الطعن قوله فيتعرف
اي القاضي فقال تعرفت عنده اي طلبته منه حتى عرفته قوله ثم التزكية
في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل
كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد بالاضرار اذا كان ظاهرا وقوله فيخدع
بالنصب انه جواب النفي وكذا قوله يقصد عطفا عليه واراد بالمستورة الرقعة التي
يبعثها القاضي من امينه الى المعدل وسميت بها لسترها عن نظر العوام قال
صاحب الهداية وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد وذلك لانه قد يشترك
الاثنان في الاسم والنسبة والصفة ويجمع بينهما فيقول هذا هو الذي عدلته قطعا
للشركة اعلم ان التزكية على نوعين تزكية السر وتزكية العلانية فصورة تزكية
العلانية ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد الذي عدله فيقول هذا الذي عدلته
وصورة تزكية السر ان يبعث القاضي رسولا الى المزكي ويكتب اليه كتابا فيه اسماء
الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم ان كان سوقيا حتى يعرف المزكي ويسأل
عن جيرانهم واصدقائهم فاذا عرفهم من عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في
كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك
تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر ويقول الله يعلم الا اذا عدله غيره و
خاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن

لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور ثم القاضي
ان شاء جمع بين تزكية السر وان شاء اكتفى بتزكية السر كذا ذكر فخر الدين قاضي خان
في فتاواه **قوله** والحلى بالكسر جمع حلية ويروى بالضم ايضا وحلية الانسان ما
يرى منه من لون وغيره **قوله** والمصلى وهو المسجد الذي يصلى فيه الشاهد
وقيل المراد منه المحلة **قوله** ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة
وذلك لان الشهود يقاتلون المزكي اذا جرحهم بالاذى ويقع بينه وبينهم العداوة
قوله وقيل يكتفى بقوله هو عدل اي يكتفى بقول المعدل هو عدل ولا
يشترط ان يقول هو عدل جائز الشهادة وذلك ان كل من نشأ في دار الاسلام
فالظاهر من حاله الحرية والاول احوط لانه ربما يكون الشاهد عدلا ولا يكون
حرا فلا يجوز شهادته **قوله** قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل
قول الخصم انه عدل اي قال ابو حنيفة في الجامع الصغير لا يقبل تعديل المدعا عليه
على قول من قال يسأل القاضي عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة حيث
خرج ابو حنيفة ثمه ايضا على قول من يجيزها وذلك لان من اصل ابي حنيفة ان
القاضي لا يسأل عن الشهود في غير الحدود والقصاص الا اذا طعن الخصم ومع هذا
اذا سئل عنهم على قول من رأى ذلك فقال المشهود عليه هو عدل لا يكتفى بذلك
حتى يسأل غيره لان تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه
وجرح من وجه حيث لم يصدقه على شهادته ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة انه قال من رأى ان يسأل عن الشهود بانه لا يجوز اذا قال الخصم المشهود
عليه هو عدل حتى يسأل عنه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره
في شرح الجامع الصغير هذا اذا قال هم عدول لكنهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال
هم عدول صدقوا في شهادتهم فقد اعترف بالحق فيقضي عليه وهذا كله اذا جحد
الخصم فان كان ساكتا وهو ممن يجوز ان يرجع اليه في التعديل صح منه التعديل وكان
كافيا عند ابي يوسف وعند محمد يضم اليه اخر حتى يتم التعديل ذكره محمد في كتاب
الزيادات

الزيادات ان المشهود عليه اذا كان من اهل التزكية فاذا اخبر ان الشاهد عدل
فانه يسئل اصادق هو في هذه الشهادة ام كاذب فان قال هو صادق ولكنه اوهم في
هذه الشهادة او غلط في هذه الشهادة يكون تزكية منه ويسئل غيره فاذا كان اخر قضى
بشهادته لان من اصل محمد انه لا تجيز الا تزكية اثنين وروي عن ابي يوسف ايضا انه
يجيز تزكية المدعا عليه كذا ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله **قوله** تبطل في اضرابه بالصاد
المهملة والاضراب هو الثبات على الشيء اي الخصم تبطل في ثباته على الانكار **قوله** قال واذا
كان رسول القاضي الذي يسئل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة و
ابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا الاثنان وهذه من مسائل الجامع الصغير قال في شرح الجامع
الصغير واراد بالرسول المزكي وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد ورسول القاضي الى
المزكي ورسول المزكي الى القاضي تخبره عن حال الشهود له ان التزكية في معنى
الشهادة لانه يظهر ما كان خفيا عند القاضي كالشاهد نفسه فيعتبر العدد في اصل
الشهادة ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق ولان التزكية بمنزلة الشهادة
على الشهادة لان الشهادة يثبت بالتزكية والشهادة على الشهادة لا يجوز اقل من
اثنين فكذا التزكية ولهما ان التزكية خبر ليس بشهادة لانها لا يتعرض لاصل الحق باثبات
فلا يشترط في الخبر العدد ولهذا لا يشترط في التزكية لفظة الشهادة ومجلس القضاء
ايضا ولان اشتراط العدد في الشهادة امر ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس
عليه غيره لان رجحان الصدق بالعدالة لا بالعدد في حق العمل كما في رواية الاخبار
وهذا لان خبر الاثنين لا يوجب العلم كخبر الواحد فاقتصر الحكم على مورد النص فلم يتعد
الى غيره وفي حق العلم بالتواتر فلا يشترط العدد وانما اعتبرت الحرية والعدالة
لانها متعلقة للشهادة فكان عملها فوق عمل الشهادة قال في الفتاوى الصغرى
في مسائل الجرح والتعديل الخلاف في عدد المزكي في تزكية السر **اما** في تزكية
العلانية فشرط بالاجماع ثم قال اهلية الشهادة في تزكية السر ليس بشرط
وفي الترجمة شرط وقال في المختلف ويشترط الاربعة في الزنى عند محمد **قوله**

ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود يعني بالاجماع وكذلك في القصاص ذكره في المختلف
في كتاب الشهادات في باب حد وذكر في المختلف والحصر في كتاب الحدود من باب ابي حنيفة
يشترط الذكورة في المزكي عند ابي حنيفة خلافا لهما وقال في خلاصة الفتاوى
الترجمان اذا كان اعمى فعند ابي حنيفة لا يجوز وعند ابي يوسف تجوز وتعديل العبد لمولاه
والابن للاب السر يصح عند ابي حنيفة وابي يوسف والصبي اهل التعديل السر وكذا كل
من لا يقبل شهادته ثم قال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية
غير المزكي في السر واما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية ذكره في
الفصل الثاني من كتاب القضاء

فصل

لما ذكر قبل هذا ان الشهادة فرض لا يسعهم كتمانه وذكر مراتب الشهادة شرع في
هذا الفصل يذكر ان اداء الشهادة يتوقف على الاشهاد ام لا فقسمه على قسمين
قوله وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار
والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد
عليه وهذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم** ان اداء الشهادة على نوعين
نوع يصح اداء الشهادة بدون الاشهاد ولا يحتاج الى الاشهاد بل يصح ذلك بمجرد
الرؤية في المرئيات والسماع في المسموعات لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
بيانه ان الله تعالى جوز اداء الشهادة بعد العلم وقد حصل العلم بالرؤية والسماع
فيصح الشهادة يدل عليه الاجماع ايضا الا ترى ان رجلا لو طلق امرأته ثلاثا
او اعتق امته وسمع الرجلان ذلك فجاءت المرأة او الامة تطلب شهادتهما
لم يسعهما ترك الشهادة لئلا يقع الرجل في الوطء الحرام قالوا انما يجوز ذلك اذا رأوه
يفعل ذلك او عرفوا صحته فان سمعا كلامه من وراء حجاب غليظ او حائط لا يرونه
لم يسعهم الشهادة لان الصوت يشبه الصوت فلا تجوز الشهادة بالشك والنوع
الثاني الشهادة على الشهادة ولا يثبت بنفسه بدون الاشهاد وسيجيء
بيانه بعد هذا ونقل في الفتاوى الصغرى عن كراهية الواقعات

رجل

رجل طلب منه ان يكتب شهادة او يشهد على عقد فابى ذلك فان كان الطالب يجد
غيره فللشاهد ان يمتنع والا فلا يسعه الامتناع فلو كتب الشهادة وطلب منه
الاداء عند الحاكم فان كان في الصك شهادة جماعة ممن يقبل شهادتهم واجابوه
يسعه ايضا ان يمتنع ان لم يكن في الصك جماعة سواه او كانوا لكن لا يقبل شهادتهم
او يقبل لكن شهادة هذا اسرع قبولا لا يسعه الامتناع لما فيه من تضييع الحق
قوله قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني اي قال القدوري
في مختصره وذلك لانه لو قال اشهدني لم يجز لانه كذب لانه لم يشهد فلا يجوز
شهادة الكاذب بخلاف ما اذا قال اشهد انه باع لانه شهد عن علم فجاز ذلك
قوله ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ذكر هذا بسبيل التفريع على مسألة
القدوري وذلك لما قلنا ان الصوت يشبه الصوت فلا تحصل المعرفة لعدم
الامتياز بخلاف ما اذا احاط علمه بان ليس في البيت غير المقر وليس للبيت
منفذ آخر والشاهد على الباب يسمع صوته ولا يرى شخصه حيث يجوز شهادته
في هذه الصورة لتحقق العلم وقال في الفتاوى الصغرى اذا اقرت المرأة وراء
الحجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها فحينئذ
يجوز شرط في شهادة النوازل رؤية شخصها دون وجهها **قوله** ولو فسر
للقاضي لا يقبل بان قال اني اشهد من وراء الحجاب والنغمة الصوت الخفي **قوله**
ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد
بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه وكذلك لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد وذلك
لان الشهادة لا يثبت شيئا بنفسها ولهذا تفتقر الى قضاء القاضي بذلك فاذا كانت
كذلك لم يكن بد من الانابة بتحميل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع الى مجلس
القاضي وكذلك لا تجوز شهادته بالسماع اذا سمع الشاهد يشهد غيره لانه لم يوجد
التحميل في حق السامع لانه حمل غير السامع قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب

عن ابي حنيفة في رجل قال اشهد في فلان على نفسه بكذا وكذا قال لا ينبغي لنا ان نشهد على
شهادته حتى يقول اشهد على بذلك قال فخر الاسلام واصله ان الشهادة على
الشهادة تحميل وتوكيل فلا يصح من غير تحميل اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف
فلان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعيان ما هو حجة والشهادة في
غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين ان
التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من التحميل فاما على قول محمد فان الحكم انما يقع بشهادة
الكل فاذا كان كذلك لم يكن بد من نقل الشهادة الى مجلس القاضي واصل هذا الاختلاف
في الضمان عند الرجوع لا ضمان على الاصول عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد يشتركون ان رجعوا جميعا وقال محمد في الجامع الصغير ايضا في رجل اشهد
قوما على شهادته فسمع اخرون قال السرخسي لم ان يشهدوا على شهادته بدلالة ما
ذكرنا ان التحميل شرط وهو خلاف القاضي اذا اشهد على قضية وسمع بذلك اخرون
وسعهم ان يشهدوا لان قضاءه حجة بمنزلة الاقرار والبيع وغير ذلك فيصح التحمل من
غير اشهاد كذا ذكر فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير **قوله** قال
ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة اي قال القدوري
في مختصره ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى وكذا لم يذكر الخلاف في شرح الاقطع وكذلك
ذكر الخصاف المسئلة في ادب القاضي في باب الرجل يرى اسمه وخطه ولا يذكر الشهادة
مطلقا ولم يذكر الخلاف فلاجل هذا قال صاحب الهداية قيل هذا قول ابي حنيفة
وعندهما يحل له ان يشهد وكذلك ذكر الخلاف في المختلف حيث قال اذا وجد
القاضي صحيفة فيها شهادة شهود عنده وهو غير حافظ للحادثة لم يقض
بذلك وكذلك قال في الصك وفي رواية الاخبار وقالا له ان يقضي ويشهد ويروي
اذا علم انه خطه على الحقيقة وقال الفقيه ابو الليث في النوازل قال نصير ابن
يحيى كتبت الى محمد بن مقاتل فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه قال
يسعه ان يشهد اذا كان الخط في حرزه وكتبت الى ابن الثلجي فقال قد يكون في الخط
غلط

غلط يعني لا يسعه ان يشهد قال الفقيه وهو قول ابي حنيفة والاول قول ابي يوسف
ومحمد وقال في الاجناس قال في المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا
نعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نتذكره لم يكن للقاضي ان ينفذ شيئا منه
فان انفذه قاضي غيره ثم اختصموا اليه في ذلك انفذه لان هذا مما يختلف فيه
القضاة ثم قال في الاجناس وقد ذكر في نوادر ابن رستم عن محمد بن الحسن انه يسع
للشاهد ان يشهد على خطه وان لم يذكره ولم يذكر صاحب الاجناس خلاف
ابي يوسف وقال صاحب الهداية وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد
القاضي شهادة في ديوانه او قضيته يعني عدم حل الشهادة للشاهد بمعرفة
الخط بدون تذكر الحادثة بالاتفاق وانما الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه
فيما اذا راى القاضي قضيته في ديوانه او شهادته ولم يتذكر الحادثة فعند ابي حنيفة لا يعمل
بذلك خلافا لصاحبيه وعلى هذا الوجه ما ذكر ركن الاسلام ابو الفضل الكرماني في
اشارات الاسرار حيث قال واذا وجد القاضي في قمطره قضاء بخطه مختوما
بختمه ولم يتذكر لم يعمل به عند ابي حنيفة خلافا لهما وقال شمس الائمة السرخسي
في شرح ادب القاضي في باب القاضي يقضي بعلم القاضي اذا وجد سجلا في ديوانه سجله
وهو مختوم بخاتمه ومكتوب بخطه ولكنه لا يذكر ذلك فعند ابي حنيفة لا يقضي بذلك
حتى يتذكر وعندهما يقضي وذلك لان السجل انما يكتب ليكون حجة عند الحاجة اليه
وانما يحتاج اليه عند النسيان فاما اذا كان القاضي ذاكرا فانه لا يحتاج الى الرجوع الى
السجل في ديوانه فاذا وقعت الحاجة اليه عند النسيان لا بد ان يكون ذلك حجة وينفذها
وابو حنيفة يقول بان العلم شرط لنفوذ القضاء ولم يوجد العلم وكذلك اذا وجد
خطه مكتوبا في صك في يدي رجل ولكنه لا يذكر الشهادة فعند ابي حنيفة وابي
يوسف لا يشهد وعند محمد يشهد محمد مر على اصله وابو يوسف فرق بين مسئلة الشهادة
وبين مسئلة السجل الذي كتبه القاضي في ديوانه وذلك لان السجل يكون في ديوانه
وخريطته وتحت ختمه فيؤمن فيه من الزيادة والنقصان والتغيير والتبديل وليس كذلك

الشهادة على الشك لانه في يد غير الشاهد فلا يؤمن فيه الزيادة والنقصان فلا يشهد حتى يتذكر
الحادثة وفي رواية الاخبار عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا وجد سماعه مكتوبا في موضع ولا
يتذكر ذلك عند ابي حنيفة لا يحل له ان يروي وعند محمد يحل له ان يروي وعن ابي يوسف
روايتان كذا في شرح ادب القاضي وابو حنيفة شدد في هذا الباب فشرط لحل رواية
الاخبار ان يحفظ الحديث على ظهر القلب من حين سمع الى ان يروي ولهذا قلت
رواية الاخبار وعندهما لا يشترط هذا في رواية الاخبار لان الباب باب الدين
وباب الديانات مبني على التوسع الا ترى ان قول الواحد فيه مقبول ولان
في الاخبار كثرة لا يمكن حفظه الكل بخلاف الشهادات على قول ابي يوسف لان
بها نادرة فلا يمكن حفظها فيشترط الحفظ في باب الشهادات دون رواية الاخبار قلت
وعندي قول ابي حنيفة احوط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله
عليه السلام لابن عباس اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الخط يشبه الخط
فاذا لم يتذكر الحادثة فلا يؤمن ان يكون ذلك الخط خط غيره فلا يجوز الشهادة
بالشك **قوله** وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني ان القاضي كان اثبت شهادة
الشهود في ديوانه ثم جاء المشهود له يطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر الحادثة
لم تجز ان تحكم بذلك عند ابي حنيفة **قوله** او قضيته بالنصب عطفا على قوله شهادة
والضمير راجع الى القاضي **قوله** في قمطره اي في خريطته **قوله** وعلى هذا اذا ذكر
المجلس الذي كانت فيه الشهادة اي على ما قيل من الوجهين من وجه الاتفاق و
الاختلاف يعني اذا ذكر المجلس الشهادة ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان
يشهد بالاتفاق وقيل لا يحل ذلك على قول ابي حنيفة خلافا لهما وكذلك
الحكم فيما اذا اخبره قوم ثقة شهدنا نحن وانت وهو لا يتذكر الحادثة **قوله**
قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت و
النكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره
بها من يثق به اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع وهذا الذي
ذكره

ذكره استحسان والقياس ان لا تجوز الشهادة ووجه القياس ان الشهادة ماخوذة
من المشاهدة ولم يوجد المشاهدة فلم تجز الشهادة كما في البيع والهبة ونحو ذلك
ولان النبي صلى الله عليه قال اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع ووجه
الاستحسان انه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر لان العادة لم
تجر بحضور الناس الولادة وانما يرون الصبي مع امه وينسبون الى الاب
ويقولون هو ابن فلان وكذلك عند الموت لا يحضر الا الاقارب فاذا راوه الجنازة و
الدفن حكموا بان فلانا مات وكذلك النكاح لا يحضره كل احد فاذا اخبر بعضهم
بعضا ان فلانا نكح فلانة يقتصرون على ذلك في التحقيق وكذلك الدخول
لا يعلم الا بامارات وكذلك ولاية القاضي لا يحضرها كل احد فاذا قرئ العهد وجلس
القاضي في مجلس الحكم ونظر بين الخصوم وتحققوا انه قاض فلما لم يكن طريق غير
الخبر في معرفة هذه الاشياء صح الشهادة بالتسامع وان لم يوجد المعاينة لانه
اذا اشترط المعاينة يلزم الحرج لانه لا يحصل المعاينة الا لخواص من الناس وقد تعلقت
بهذه الاشياء احكام يبقى على مضي الدهور فلو اشترطت المعاينة ضاعت الحقوق وفي
ضياعها حرج عظيم والحرج مدفوع شرعا الا ترى انا نشهد ان عليا ابن ابي طالب
وان لم نعاين الولادة ونشهد ان ابا بكر وساير الصحابة ماتوا وان لم نعاين الموت
ونشهد ان عايشة زوجة النبي صلى الله عليه وان لم نعاين النكاح وكذا نشهد ان
النبي صلى الله عليه دخل بها وان لم نعاين الدخول وكذا نشهد ان شريح ابن الحارث
وان لم ع
كان قاضيا وان لم نعاين ذلك ونقل الشيخ ابو نصر البغدادي عن الاصل انه اذا
سمع ذلك من واحد ثقة جاز ان يشهد ثم قال وذكر بشر عن ابي يوسف عن ابي
حنيفة انه لا يشهد حتى يسمع من جماعة ثم قال وعن ابي يوسف حتى يسمع
من عدلين ثم قال قال الخصاف لا يسعه حتى يسمع ذلك من العامة ويظهر
اذا تتابعت به الاخبار ووقع في قلبه تصديق ذلك وسعه ان يشهد قال في
الفتاوي الصغرى الشهادة بالشهرة في النسب وغيره بطريقين الشهرة

الحقيقية او الحكمية فالحقيقية ان يشتهر ويسمع من قوم كثير لا يتصور تواطؤهم
على الكذب ولا يشترط في هذا العدالة بل يشترط التواتر وفي الحكمية ان يشهد عنده
عدلان من الرجال او رجل وامرأتان بلفظة الشهادة ثم قال في اداء الشهادة انما
يجب بالشهرة في الاربعة في النسب وان لم يعاينوا الولادة والنكاح وان لم يعاينوا
العقد والقضاء وان لم يعاينوا التقليد والموت وان لم يعاينوا موته لكن الشهرة في
الثلاثة الاولى لا تثبت الا بخبر جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب او خبر عدلين
بلفظة الشهادة وفي باب الموت بخبر الواحد العدل وان لم يكن بلفظة الشهادة
منقلة عن باب النسب من شهادات شيخ الاسلام خواهر زاده ونقل الاستروشني
في فصوله عن شهادات المحيط لا تجوز الشهادة على الاملاك وعلى اسبابها نحو
البيع والهبة والصدقة بالشهرة والتسامع ويجوز الشهادة بالشهرة والتسامع
في اشياء **منها النسب** حتى لو سمع من الناس ان هذا فلان ابن فلان الفلاني وسعه
ان يشهد بذلك وان لم يعاين الولادة على فراشه وطريق معرفة النسب ان يسمع
انه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا
اخبره عدلان انه ابن فلان يحل له الشهادة على النسب والفقيه ابو بكر الاسكاف
كان يفتي بقولهما وهو اختيار النسفي كذا ذكره القاضي الامام ظهير الدين وكذا تجوز
الشهادة بالتسامع في النكاح حتى لو راى رجلا يدخل على امرأة وسمع من الناس ان
فلانة زوجة فلان وسعه ان يشهد انها زوجته وان لم يعاين عقد النكاح وكذا
يجوز الشهادة على القضاء بالتسامع حتى لو راى رجلا قضى لرجل بحق من الحقوق
وسمع من الناس انه قاضي هذه البلدة وسعه ان يشهد انه قاضي بلد كذا قضى لفلان
بكذا وان لم يعاين تقليد الامام اياه وكذا الموت اذا سمع من الناس ان فلانا مات
او راهم صنعوا به ما يصنع بالموتى وسعه ان يشهد على موته وان لم يعاين ذلك وروى
ابن سماعة عن محمد اذا اخبرك واحد عدل بالموت وسعك ان تشهد به واما
في النسب فلا يسعك ان تشهد به حتى يشهد عندك عدلان وهذا قولهما وعلى قول
ابي

ابي حنيفة على ما يقع في القلب وهكذا روى بشر بن الوليد عن ابي حنيفة انه
لا تحل له ان يشهد بالنسب حتى يسمع من العامة والجواب في النكاح والقضاء نظير
الجواب في النسب فقد فرقوا جميعا بين الموت وبين الاشياء الثلاثة فاكتفوا بخبر
الواحد في الموت دون الاشياء الثلاثة ثم قال في الفصول ذكر القاضي الامام
ظهير الدين في نكاح فتاواه والصحيح ان الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفى فيه
بشهادة الواحد والفرق ان الموت قد يتفق في موضع لا يكون فيه الا واحد
فلو قلنا بانه لا يسمع الشهادة على الموت باخباره ضاعت الحقوق بخلاف
الاشياء الثلاثة لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة ومن المشايخ من قال
لا فرق بين الموت والنسب والقضاء والنكاح وانما اختلف الجواب لاختلاف
الموضوع وموضوع مسئلة الموت انه اخبره واحد عدل موثوق به ولم يذكر
العدل الموثوق به في الاشياء الثلاثة ولو كان الواحد المخبر في الاشياء الثلاثة
عدلا موثوقا به حل له ان يشهد ثم قال في الفصول ثم في الاشياء الثلاثة اذا ثبت
الشهرة والاستفاضة عندهما بخبر العدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظة
الشهادة كذا ذكره الخصاف وشيخ الاسلام وبه اخذ الصدر الشهيد برهان
الائمة وفي فصل الموت لما ثبت الشهرة بخبر الواحد لا يشترط فيه لفظة الشهادة
بالاجماع بل يكتفي بمجرد الاخبار **قوله** فصار كالبيع اي صار كل واحد من هذه الاشيا
كالبيع حيث لا تجوز الشهادة بالتسامع في البيع لعدم المشاهدة فكذلك ههنا **قوله**
احكام تبقى كالارث في النسب والموت والنكاح وكثبوت الملك في قضاء القاضي
وكثبوت كمال المهر في الدخول ونحو ذلك مثل النسب والعدة والاحصان **قوله**
بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد هذا البيان الفرق بين البيع وبين الاشياء
المذكورة لانه يجوز الشهادة بالتسامع فيها دون البيع على وجه الاستحسان
وقال في خلاصة الفتاوى الشهادة على الدخول بالمنكوحة بالتسامع جائزة
في مختصر القدوري ثم قال وفي فتاوى استاذنا ظهير الدين لا تجوز لهم

ان يشهد واعلى الدخول بالتسامع ولو اراد ان يثبت الدخول يثبت الخلوة
الصحيحة **قوله** وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به اي الاشهاد انما يكون حقيقة
او حكما فالاول بالتواتر والثاني باخبار من يثق به كرجلين عدلين او رجل وامرأتين
عدلين بلفظة الشهادة وقد مر بيان ذلك عن الفتاوى الصغرى **قوله** كما قال
في الكتاب اي في مختصر القدوري وهذا اشارة الى ما ذكره بقوله قبل هذا اذا اخبره
بها من يثق به **قوله** وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد او واحدة انما قال بلفظة
قيل لان في الموت اختلاف المشايخ عامتهم على انه يكتفي باخبار واحد عدل وهو المروي
عن ابن سماعة عن محمد قال اذا اخبرك عدل بالموت وسعك ان تشهد به وقد مر
ذلك وبعضهم قالوا لا يكتفي بخبر الواحد كما في النكاح واليه ذهب ظهير الدين في نكاح فتاواه
وقد مر ذلك قبل هذا **قوله** وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما لو فسر للقاضي انه يشهد
بالتسامع لم يقبل شهادته ونقل في الفصول عن المحيط واذا شهد شاهدان على موت رجل
فهذا على وجهين ان اطلقا ذلك اطلاقا ولم يبينا شيئا او قالا لم نعاين موته وانما سمعنا
من الناس ففي الوجه الاول تقبل شهادتهما ويحمل على سبب يطلق لهما اداء الشهادة وهو
الشهرة او المعاينة وفي الوجه الثاني ان لم يكن موت فلان مشهورا لا يقبل الشهادة
بلا خلاف والشهرة لا يثبت بقولهما سمعنا من الناس لان السماع قد يكون على وجه لا يثبت
به الشهرة فان السماع من جمع لا يتصور تواطؤهم على الكذب او من واحد عدل يثبت به الشهرة
وقد يكون السماع على وجه لا يثبت به الشهرة بان سمعا من واحد غير عدل او من جماعة
ليسوا بعدول فلهذا لا يقبل الشهادة وان كان موت فلان مشهورا ذكر في الاقضية انها
تقبل هكذا ذكر الخصاف في ادب القاضي وقد قال بعض مشايخنا لا يقبل وبه اخذ الصدر
الشهيد حسام الدين **قوله** ثم اذا فسر لا يقبل بان قال رايت هذه العين في يد فلان في وقت
من الاوقات **قوله** ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى
لو فسر للقاضي قبله الاول من الشهادة والثاني من الشهود بمعنى الحضور ولو
فسر للقاضي بان قال كنت حاضرا دفنه او صليت على جنازته قبل **قوله** ثم قصر الاستثناء
في الكتاب

في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف انه
يجوز في الولاء يعني قصر اعتبار التسامع في كتاب القدوري على الاشياء الخمسة في
قوله الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي ينفي اعتبار التسامع في
الولاء والوقف اي لا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما قال في شرح الاقطع قال ابو حنيفة
ومحمد لا تجوز الشهادة بالولاء الا ان يسمعا المعتق هكذا ذكر في الاصل في رواية ابي
حفص وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال اذا شهدا على ولاء مشهور جاز وهو احدى
الروايتين عن محمد الى هنا لفظ شرح الاقطع وجه قول ابي يوسف الآخر ان الولاء
لحمة كلحمة النسب وفي النسب تجوز الشهادة بالتسامع فكذا في الولاء الا ترى انا نشهد ان
ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وبلالا مولى ابي بكر الصديق وعكرمة مولى ابن عباس
ووجه قولهما ان المعتبر في باب الشهادة هو العلم لقوله تعالى الا من شهد بالحق
وهم يعلمون والعلم انما يكون بالعيان او بما يبلغ درجة العيان فلا يعتبر التسامع لان
الولاء قلما يشتهر ولان الولاء من احكام العتق لانه يثبت به العتق لا يثبت بالخبر المستفيض
فكذا ما يتعلق به من الولاء وليس كذلك النسب فانه يتعلق بالفراش والفراش يثبت
بخبر الاستفاضة فكذا النسب يثبت بذلك وايضا انما اكتفي في النسب بالتسامع لمكان الضرورة
لان النسب يثبت بالعلوق ولا وقوف لاحد على العلوق فلو لم يعتبر التسامع لادى
الى حرج عظيم ولا ضرورة في الولاء لان الاصل هو الملك والتسامع ليس بحجة في باب
الملك واما حديث ثوبان وبلال فذلك من باب الاخبار كما يخبر ان عضباء ناقة رسول الله
وقال في شرح الاقطع ولا تجوز الشهادة بالوقف بالاستفاضة وقال محمد تجوز وقال
في الفصول ذكر في الاملاء عن محمد ان الشهادة على المهر بالتسامع لا تجوز والشهادة
في الوقف هل تحل بالشهرة والتسامع لا رواية لهذا ثم قال الفصول وقد اختلف
المشايخ فيها بعضهم قالوا تحل وبعضهم قالوا لا تحل ومن المشايخ من قال تجوز الشهادة
على اصل الوقف بالتسامع اما على شرائط الوقف فلا واليه مال شمس الائمة
السرخسي وهو الاصح لان اصله يشتهر اما شرائطه فلا تشتهر ولو شهدا بالوقف

الولاء

وحضرتها بالتسامع يقبل وقال في الفتاوي الصغرى في باب الشهادة بالنسب والموت ونص الفضلي ان الشهادة على الوقف بالشهرة لا تجوز وذكر في الفتاوي ايضا في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا على ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي ان يقبل في باب قبض الديوان من القاضي المعزول قال الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الواقف واذا شهدوا على ان هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لا تجوز ولا يقبل بل يشترط ان يقولوا وقف على كذا ثم قال في الفتاوى الصغرى وما ذكر هاهنا وفي الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد او على المقبرة ولم يذكروا انه يبدا بغلتها فيصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا لا يشهد على هذا الوجه بالتسامع **قوله** ومن كان في يده شي سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا رايت شيا في يد رجل سوى العبد والامة وسعني ان اشهد انه له وذلك لان يد التصرف بلا منازع من اقصى ما يستدل به على الملك اذ لا وقوف على حقيقة الملك في حق الشاهد سوى ذلك لان اقصى ما في الباب معاينة الشاهد اسباب الملك من الشرا والهبة ونحو ذلك والملك للمشتري او الموهوب له انما يكون اذا كان ذلك الشي ملكا للبايع او الواهب وملكهما يثبت بيد التصرف فصار مرجع الدلالة على كون الشي ملكا لمن في يده هو اليد فكان اقصى ما يستدل به على الملك اليد فجاز ان يشهد الشاهد بدلالة اليد على الملك ولكن لا يقول عند الشهادة اشهد بانه ملكه لاني رايته في يده لان الظاهر يكفي لاداء الشهادة **اما** لا يكفي للقضاء الا في العبد والامة اذا كانا كبيرين يعبران عن انفسهما لانهما في ايد انفسهما فلا يكون مجرد استعمالها دليل الملك لان الحر قد يخدم الحر اعانة او اجارة كانه عبد واذا كان هذا امرا معتادا فيما بين الاحرار لم تجز الاستدلال بذلك على الملك وهذا اذا كان لا يعرف انهما رقيقان **اما** اذا عرفنا انهما رقيقان فيجوز الشهادة لان العبد والامة لا يد لهما على انفسهما وكذا يجوز الشهادة بالرق

بالرق اذا كانا صغيرين لا يعبران عن انفسهما وان لم يعرفا انهما رقيقان لهذا المعنى قال ابو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي واذا كانت الدار او الثوب او الدابة او العبد في يد رجل وسعك ان تشهد انه له وان لم تكن رايته قبل تلك الساعة في يده في رواية عن ابي يوسف في الاملاء ثم قال وذكر محمد في الجامع الصغير عن ابي حنيفة اذا رايت الشي في يدك سوى العبد والامة وسعني ان اشهد لك ثم قال قال ابو بكر الرازي اراد برواية الجامع الصغير اذا كان العبد كبيرا ممن يثبت له يد ويعبر عن نفسه فاما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه ويولي عليه فهو كالثوب ووجه رواية ابي يوسف ان الملك يعرف باليد والتصرف وقد ظهرت يده فكان له ان يشهد بالملك له **واما** رواية الجامع الصغير فلان العبد اذا كان كبيرا يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه وظاهره الحرية فلا يصدق الشاهد عليه انه عبد ثم قال الناصحي قال ابو يوسف انما يجوز على الملك اذا وقعت معرفة ذلك في قلبك ثم قال الناصحي قال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا لانه يشهد بالملك بالاستدلال فوجب ان يشهد عند سكون القلب وحصول غالب الظن **قوله** وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا اراد به الخصاف كذا ذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وذلك لان اليد محتمل والمحتمل لا يكون حجة ونحن نقول التصرف ايضا محتمل لانه يجوز ان يتصرف بحكم الملك ويجوز ان يتصرف بالوكالة وغيرها **قوله** ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا مسايل هذا الباب اوردها في نسخ ادب القاضي على اربعة اوجه **الوجه** الاول ان يعاين المالك والملك جميعا فيجوز له ان يشهد لانه شهادة عن علم وبصيرة **والوجه** الثاني ان لا يعاين واحد منهما فلا يجوز ان يشهد لانه مجازف في هذه الشهادة **والوجه** الثالث ان يعاين المالك ولا يعاين الملك ولم يجز له ان يشهد لان المشهود به وهو الملك مجهول وكذلك يجوز ان يشهد اذا عاين الملك ولم يعاين المالك وهو الوجه الرابع لان الملك يقتضي مالكا والمالك ملكا كذا ذكر الناصحي في تهذيب ادب القاضي ثم قال الناصحي قال ابو بكر الرازي

اذا عاين المالك ولم يعاين الملك ينبغي ان لا يقبل وانما يجوز الشهادة اذا عاين الحدود ولم يعاين
المالك اذا كان مشهورا بالاستحسان لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
الناصحي ايضا في كتابه فان كان المالك امراة لا تخرج ولا يراها الرجل فان كان مشهورا ان
الملك لها جاز له ان يشهد عليه لان الشهرة الاسم كالمعاينة بدليل انه لو قال الفلان على
الف درهم والمقر له السامع بتلك الشهادة جاز له ان يشهد **قوله** واما العبد و
الامة ان كان يعرفهما باعيانهما فكذلك اي يسعه ان يشهد انه له **قوله** فذلك يصرف
الاستثناء اراد به قوله سوى العبد والامة **قوله** والفرق ما بيناه اي الفرق
بين الثياب وبين العبد والامة ان اليد في الثياب ما يستدل به على الملك فيما سوى العبد والامة
اذا كانا كبيرين لان لهما يدا على انفسهما

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

لما ذكر ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع
في بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع الا انه قدم الاول لان المحال شروط والشرط
مقدم كالطهارة في الصلاة **قوله** ولا يقبل شهادة الاعمى وهذا لفظ القدوري في
مختصره **اعلم** ان شهادة الاعمى لا يجوز عند ابي حنيفة سواء كان بصيرا عند
تحمل الشهادة اعمى عند الاداء او اعمى في الحالين وقال ابو يوسف اذا كان بصيرا عند
التحمل اعمى عند الشهادة يقبل شهادته في غير الحدود والقصاص وهو قول مالك
الشافعي وابن ابي ليلى كذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر وكذا ذكر خلاف ابي يوسف في
ادب القاضي وفي الاسرار ولكن ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي خلاف
ابي يوسف كذلك وذكر قول محمد مع ابي يوسف ولم يذكر القدوري خلاف ابي يوسف
بل ذكر المسئلة كما ترى ولكن قال في كتابه المسمى بالتقريب قال ابو حنيفة ومحمد وزفر
اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم اعمى لم يقبل شهادته وقال ابو يوسف يقبل الا من ما
لفظ التقريب ثم قال فيه وقد ذكر ابن شجاع عن ابي حنيفة وزفر جواز شهادة
الاعمى في النسب لان ذلك مما يقع بالاستفاضة ولا يحتاج فيه الى النظر والمعاينة
كذا في التقريب وقال في الاسرار وعند زفر يجوز شهادة الاعمى فيما يجوز فيه الشهادة

بالاستفاضة

بالاستفاضة كالنسب والموت وبه قال الشافعي وهي رواية عن ابي حنيفة رضي
الله عنه كذا في الاسرار وجه قول ابي يوسف ان حدوث العمى بعد التحمل لم يعدم
معه المعاينة المشهود والاشارة اليه وهذا لا يمنع من الشهادة كما لو شهد البصير
على غائب او ميت ووجه قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما قوله عليه السلام
لابن عباس اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الاعمى لا يمكنه التمييز بين الخصمين
الا بالاستدلال **بالنغمة** فيها شبهة ولا بد في الشهادة من العلم ولم يوجد العلم
فلم يجز الشهادة ولان العمى معنى يمنع تحمل الشهادة فيمنع ادائها ايضا كزوال العقل
وعدم الضبط ولان كل شخص لا يجوز ان يكون قاضيا في حادثة لا يجوز ان يكون
شاهدا فيها كالعبد والصبي فاما في حالة الموت والغيبة فلا بد من حضرة وكيل او
وصي او وارث يشار اليه والاعمى عاجز عن ذلك حقيقة فان قيل يجوز خبر الاعمى في
الديانات اذا كان عدلا فلم لا يجوز قبول شهادته قيل له ان الشهادة تخالف
الخبر الا ترى انا نقبل خبر العبد والمحدود في القذف ولا يقبل شهادتهما في الحدود و
القصاص مما يسقطه الشبهة فقد بان بذلك ان الشهادة غير جارية مجرى الخبر كذا
قال ابو بكر الرازي في شرحه لادب القاضي وجه قول زفر ان صحة الشهادة
موقوفة على العلم بالمشهود به ولو وجد هذا المعنى في حق البصير لنا ان من (والمشهود عليه)
لا يقبل شهادته فيما لا يجوز فيه الشهادة بالتسامع لا يقبل شهادته فيما يجوز فيه
الشهادة بالتسامع كالصبي والمجنون وقولهم ان الاعمى يحصل له العلم بالضبط والاستفاضة
كالبصير قلنا لا نسلم لان اكثر ما يوجد في حق الاعمى الاستدلال بالنغمة وفيها اشتباه
قوله وفيه شبهة اي في النغمة وذكر الضمير على تاويل الصوت ومثل ذلك حكاية كما في
قوله والارض ابقل ابقالها **قوله** يمكن التحرز عنها احترازا عن وطء الاعمى امته او
امراته **قوله** ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد اعلم
ان الشاهد اذا عمي او خرس بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها لم يجز الحكم بها
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كذا ذكر الخصاف الخلاف في ادب القاضي

وهو قول الشافعي مع ابي يوسف في الاسرار وجه قول ابي يوسف ان معنى طرو بعد اداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها كما لو مات الشاهدان بعد اداء الشهادة او غابا او جنا او عميا بعد الحكم بها **ولنا** ان العمى يبطل الشهادة ويخرج الاعمى من ان يكون شاهدا فاذا طرا على الشهادة قبل القضاء بها منع القضاء كالفسق والكفر بخلاف الموت لانه يتم الشهادة بها فلا يبطلها وبالغيبة لا يبطل اهلية الشهادة وليس كذلك العمى بعد الحكم بالشهادة لانه وجد بعد انتهاء الحكم بها ولا نسلم ان الجنون بعد الشهادة قبل الحكم بها لا يمنع الحكم بها لان الرواية عن ابي حنيفة بخلاف ذلك الا ترى الى ما ذكر الخصاف في ادب القاضي وكذلك كل من صار قبل ان ينفذ القضاء بشهادته بحال لا يقبل شهادته مثل ان يذهب عقله او يخرس فان شهادته تبطل لما ذكرنا **قوله** قال ولا المملوك اي قال القدوري في مختصره وهذا عطف على شهادة الاعمى اي لا يقبل شهادة المملوك من قال في الفتاوى الصغرى في باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل شهادة العبد تقبل عند مالك وشهادة الصبي فيما لا يحضره الا الصبيان تقبل عنده ايضا ثم قال ذكره في شرح مختلف الرواية **اعلم** ان شريحا كان يجيز شهادة العبد وكذا داود بن علي الاصفهاني كذا ذكر الشيخ ابو المعين النسفي في اول قضاء شرح الجامع ولكن مذهب مالك بخلاف ما ذكر في الفتاوى في كتبه ولهذا قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع قول مالك ليس بثابت عنه لان محمدا ادعى الاجماع وهو كان عالما بمذاهبهم ولو كان هذا ثابتا لما ادعى فيه الاجماع وكذا الشافعي لم يذكر هذا المذهب عن مالك ولو كان ثابتا عنه لما خفي على الشافعي لانه كان تلميذا له وقيل ان يحيى ابن اكثم القاضي كان اعرف الناس باقاويل اهل زمانه وهو ادعى الاجماع في عدم قبول شهادة العبد فدل ان قول مالك غير ثابت عنه بل هو متقول عليه الا ان هنا لفظ الشيخ ابي المعين رحمه الله وقال الامام العتابي في شرح الجامع واجمعت الصحابة ان لا شهادة للعبيد وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل وتجوز شهادة العبد في كل شيء الا في الحدود ولي في دعوى الاجماع نظر لان البخاري قال في صحيحه وقال انس شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه

شريح

شريح وزرارة ابن اوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده واجازه الحسن وابراهيم في الشيء التافه وقال شريح كلكم بنو عبيد واماء الى هنا لفظ الصحيح والاصل في عدم قبول شهادة العبد قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا بيانه انه تعالى جعل من صفة الشاهد ان يلزمه الاجابة اذا دعي والعبد لا يلزمه ذلك فلم يكن شاهدا الا انه يخل بخدمة مولاه لانه يشتغل كل يوم في اقامة الشهادات وهذا غير جائز عند الجميع لان عليه ان يخدم المولى متى استخدمه فدل انه ليس بداخل في الخطاب ولان الشهادة من باب الولاية لانها تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للعبد لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فلا تجوز شهادته واستدرك الناصحي في تهذيب القاضي بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والعدالة ماخوذة من استقامة الحال والعبد غير مستقيم الحال فلم يكن شاهدا ولان العبد لا يرث بحال فلا يكون شاهدا لان الارث يجري مجرى الشهادة لان شهادة المراة على النصف من شهادة الرجل ويرث نصف ما يرث الرجل فاذا لم يكن ارثا لم يكن شاهدا وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي ذكر عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال لا يجوز شهادة العبد قال الخصاف في ادب القاضي حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثنا حفص ابن غياث عن الحجاج عن عطا عن ابن عباس قال لا تجوز شهادة العبد وقال الخصاف ايضا حدثنا قبيصة بن عقبة وموسى بن مسعود قالا حدثنا سفيان الثوري عن ابن نجيح عن مجاهد واستشهدوا شهيدين من رجالكم قال من الاحرار **قوله** ولا المحدود في قذف وان تاب وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان المحدود في قذف لا يقبل شهادته عندنا وان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهو قول مالك وعثمان البتي لقوله تعالى الا الذين تابوا بيانه ان المانع من قبول شهادته الفسق وبالتوبة ارتفع الفسق فيقبل شهادته قياسا على المحدود في الزنى او الشرب او السرقة اذا تاب فان شهادته تقبل بالاتفاق الا عند الحسن ابن حي والاوزاعي فان عندهما لا يقبل شهادة من حد في الاسلام في قذف

او غيره كذا ذكره ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي ولنا قوله تعالى والذين
يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم
شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور
رحيم بيانه ان الله تعالى ذكر عدم قبول الشهادة على التابيد ولا يكون ذلك الا
اذا لم يقبل شهادته بعد التوبة ولو كان المراد عدم قبول الشهادة قبل التوبة يفهم من
مجرد قوله ولا تقبلوا لهم شهادة والاستثناء ليس براجع الى جميع ما تقدم لان من جملته
قوله تعالى فاجلدوهم ولا يرتفع الجلد بالتوبة فعلم ان الاستثناء ليس براجع
الى جميع ما تقدم بل الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون وليس من رفع الفسق
قبول الشهادة كالعبد العدل يوضحه قوله تعالى في قصة لوط انا ارسلنا الى قوم
مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امراته ان الاستثناء راجع الى المنجين لا
الى المهلكين وكذا قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الى قوله الا ان يصدقوا فان الاستثناء
ينصرف فيه الى الدية دون الكفارة ولانه لو قال لفلان علي عشرة دراهم الا ثلاثة
الا اثنين يلزمه تسعة صرفا لكل واحد من الاستثناء الى ما يليه يؤيده قول عمر رضي
الله عنه فيما كتب الى ابي موسى الاشعري المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد
قذف وهو مشهور عن عمر ذكره المبرد في كتابه المسمى بالكامل وغيره في كتبهم ولان الفسق
ليس بعلة لرد شهادة المحدود في القذف بل العلة قذف بشرط العجز عن اقامة البينة
بدليل قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء وانما قلنا انه
ليس بعلة اذ لو كان علة لترتب الحكم عليه ولقال واولئك هم الفاسقون
فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا فلما قال واولئك هم الفاسقون بعد قوله ولا
تقبلوا لهم شهادة ابدا علم ان الفسق ليس بعلة فلما لم يكن الفسق علة لم يلزم من زواله
قبول الشهادة فان قلت لو قال ان فعلت كذا فعلي حجة ومالي صدقة ان شاء
الله تعالى فانه يرجع الى جميع ما تقدم فكذا ينبغي ان يرجع الاستثناء في الاية الى جميع
ما تقدم قلت لا امكان لذلك لان الجلد لا يرتفع بالتوبة ولان الاستثناء
بمنزلة

بمنزلة التخصيص لان كل واحد منهما يخرج من الكلام بعضا والتخصيص يكون
في المحقق لا في المشكوك فلان الاستثناء ورفع الفسق بالتوبة محقق فينصرف
الاستثناء الى ما يليه لا الى جميع ما تقدم لانه مشكوك وقياس الاستثناء
بالا على الاستثناء بان شاء الله باطل لان ان شاء الله موضوع لرفع الكلام عن اصله
والاستثناء بالا موضوع لاخراج بعض الجملة منها فيفسد القياس الا ترى انه لو قال
لفلان علي عشرة دراهم الا عشرة لم يصح الاستثناء ويلزمه العشرة ولو قال
ان شاء الله يصح ولم يلزمه شيء فان قلت كيف ينصرف الاستثناء الى ما يليه
والاصل في الاستثناء هو المتصل وهو ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والتوبة
ليست من جنس الفسق قلت الاستثناء من عموم الاحوال كانه قال والله اعلم
واولئك هم الفاسقون في جميع الاحوال الا في حال التوبة فيكون الاستثناء متصلا
او نقول الاستثناء منقطع بمعنى لكن كقوله تعالى فانهم عدو لي الا رب العالمين فلا يرد
السؤال والباقي يعرف في طريقة الخلاف وغيرها من كتب اصحابنا رضي الله عنهم قوله
ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله اي لان عدم قبول الشهادة
من المحدود في القذف من تمام الحد يعني من جملة الحد لان قوله تعالى ولا تقبلوا عطف
على قوله فاجلدوهم والجلد صلح حدا لكونه مانعا عن ارتكاب القبيح فيكون عدم قبول
الشهادة ايضا حدا لكونه مانعا عنه ثم بعد التوبة لا يرتفع الجلد فكذلك لا يرتفع عدم
القبول بخلاف المحدود في السرقة والزنا وشرب الخمر حيث تقبل شهادته بعد التوبة
لان الرد هنالك للفسق وقد زال بالتوبة فظهر الفرق قوله ولو حد الكافر
في قذف ثم اسلم يقبل شهادته ذكر هذا تفريعا على ما تقدم وقد امضينا بيانه في
باب حد القذف اعلم ان الذمي اذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على
اهل الذمة ثم اذا اسلم جازت شهادته على اهل الذمة وعلى اهل الاسلام جميعا لان هذه
الشهادة بعد الاسلام شهادة حادثة غير تلك الشهادة المردودة تتمة للحد لانها
حصلت بعد الاسلام بخلاف العبد اذا قذف فحد ثم اعتق حيث لا يقبل

شهادة لانه لم يكن للعبد شهادة اصلا حال رقه لا على الكافر ولا على المسلم ولا بد في حد
القذف في رد الشهادة وانما حصلت له الشهادة بعد العتق فترد شهادته الان
تتمة للحد قال في الشامل في قسم المبسوط شهد الصبي والعبد الكافر على مسلم فردت
شهادتهم ثم شهدوا بعد البلوغ والعتق والاسلام تقبل لان المردود ليس بشهادة والفاسق
لو ردت شهادته ثم شهد بها بعد التوبة لا تقبل لان المردود شهادة فيكون فيه
نقض قضاء قد امضي بالاجتهاد كاحد الزوجين ردت شهادته ثم اعادها بعد الابانة
لا تقبل والمولى اذا شهد لعبده ثم اعادها بعد الاعتاق كذلك ولو شهد لمولاه بعد
العتق تقبل لتحملها حال الرق وجاز لما عرف الى هنا لفظ الشامل **قوله** قال ولا شهادة الوالد
لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده اي قال القدوري في مختصره
وهذا الذي ذكره بالاجماع والاصل فيه ما ذكر الخصاف باسناده في كتاب ادب القاضي
قال حدثنا صالح ابن زريق وكان ثقة قال حدثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن
زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه
انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته
ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استاجره ولان
منافع الاملاك متصلة في قرابة الولاد ولهذا لم يجز دفع الزكاة فيهم فلو جاز شهادة
الوالد لولده او على العكس كان ذلك شهادة لنفسه من وجه فلم تجز ولان مال الولد
قد جعل في حكم مال الوالد ولهذا كان له حق التمليك بدليل ما روي في شرح الاثار
وغيره مسندا الى جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه قال انت ومالك لابيك
فلو جازت الشهادة كانت شهادة لنفسه وقال في شرح الاقطع قال داود يقبل
الشهادة في جميع ذلك قلت هذا خلاف الاجماع فلا يلتفت اليه قال صاحب الهداية و
المراد بالاجير التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع
نفسه وقال في خلاصة الفتاوي ولا تجوز شهادة الاجير لاستاذه اراد به التلميذ
الخاص الذي ياكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة اما الاجير المشترك

اذا

اذا شهد للمستاجر يقبل واما الاجير الواحد وهو الذي استاجره مياومة او مشاهرة
او مسانهة باجرة معلومة لا تقبل الى هنا لفظ الخلاصة وذلك لان منافع الاجير
الوحد مستحقة للمستاجر ولهذا لا يجوز له ان يواجر نفسه من اخر في تلك
المدة فلو جازت شهادته للمستاجر كانت شهادة بالاجر فلا تجوز وذلك
لان شهادته من جملة منافعه وهي مستحقة بالاجر وهذا معنى قوله في المتن
فيصير كالمستاجر عليها اي على الشهادة وقال الفقيه ابو الليث في كتاب
العيون قال محمد في رجل استاجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك
اليوم قال القياس ان لا يقبل ولو كان اجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم
عدل قال ابطلها بمنزلة رجل شهد لامراته ثم طلقها ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا له
قبل ان يقضي فاني ابطل شهادته فان لم يبطل شهادته حتى بطلت الاجارة ثم اعاد
الشهادة جازت بمنزلة المراة اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعاد يجوز الى
هنا لفظ العيون قال ابو العباس الناطفي في الاجناس قال في كتاب ديات الاصل يقبل
شهادة الاجير قال ابو العباس هذا محمول على الاجير المشترك لانه قد ذكر في
نوادر ابن رستم قال محمد لا اجيز شهادة الاجير مشاهرة وان كان اجيرا مشتركا
قبلت **قوله** وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت
اي التلميذ الخاص هو المراد من القانع المذكور في الحديث وقد حدث صاحب
السنن عن حفص بن عمر عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه رد شهادة الخاين والخاينة
وذي الغمر ورد شهادة القانع لاهل البيت واجازها على غيرهم وقيل اراد بالقانع
من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه لانه بمنزلة السايل
يطلب معاشه منهم كذا قال المطرزي في المغرب والمتعلم الذي ياكل في بيت
استاذه يكون في معنى القانع المذكور في الحديث **قوله** ولا يقبل شهادة احد
الزوجين للاخر هذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي تقبل شهادة احد

الزوجين للاخر على احد القولين كذا في وجيز مع وجه قوله ان عقد النكاح
والمال الاخر وراء ذلك واموالهما متميزة بحيث لا يتصرف احدهما في مال الاخر فجازت
شهادة كل واحد منهما للاخر كالاخوين غاية ما في الباب ان فيه تهمة الكذب
وهي منتفية بالعدالة بخلاف قرابة الولاد حيث لا يجوز الشهادة لان الشهادة
كانها واقعة لنفس الشاهد باعتبار وجود البعضية **ولنا** ما روى
الخصاف باسناده الى عايشه رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه انه قال لا يجوز
شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولان كل
واحد منهما منتفع بمال الاخر عرفا فصار متهما في الشهادة لجر النفع الى نفسه وشهادة
المتهم مردودة فلم تقبل ولان بينهما سببا يوجب التوارث في جميع الاحوال فلم يجز شهادة
احدهما للاخر كالوالد والولد بخلاف شهادة الغريم لمديونه حيث يجوز لان الغريم
لا ولاية له على المال المشهود به فلم يكن متهما فجازت شهادته فان قلت
روي ان فاطمة رضي الله عنها ادعت فدك بين يدي ابي بكر رضي الله عنه فضم الى الرجل
رجلا او الى المراة امراة فعلم ان ابا بكر اجاز شهادة احد الزوجين لصاحبه حيث
امرها بالضم وعلي رضي الله عنه جوز ذلك حيث شهد لها وفاطمة رضي الله عنها
جوزت ذلك ايضا حيث استشهدت عليا رضي الله عنه ولم ينقل عن غيرهم خلاف
ذلك فكان اجماعا والاجماع مقدم على القياس وخبر الواحد قلت الصحيح من
الرواية ان ابا بكر رد دعواها فانها ادعت فدك ميراثا من النبي صلى الله عليه فرد دعواها
وقال سمعت رسول الله عليه يقول انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة
فان قلت فما تصنعان بينهما سبب لا يوجب العتق اذا ملك احدهما الاخر فجازت
شهادته للاخر كابن العم قلت هذا وصف لا تاثير له لبطلانه بالعبد مع
سيده لان بينهما سببا وذلك السبب لا يوجب العتق عند الملك ومع هذا لا يجوز
شهادة احدهما للاخر قال الخصاف في كتاب ادب القاضي حدثنا عبد الله بن
محمد قال حدثنا وكيع قال كان ابن ابي ليلى يجيز شهادة المراة لزوجها **قوله** والايدي
متحيزة

متحيزة اي مجتمعة يعني ان يد كل واحد من الزوجين يقتصر في التصرف على ملك نفسه لا
يتعدى الى ملك صاحبه حيث لا يجوز تصرفه فيه من قولهم جاز الراعي ابله يحوزها حوزا
اذا جمعها وساقها ولكن كل الحاز اذا ساق اتنه **قوله** ولا معتبر لما فيه من
النفع اي لا معتبر لما في قبول شهادة احد الزوجين لصاحبه من النفع الحاصل منه
للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفعا لنفسه يعني لا يتهم الشاهد بهذا
القدر من النفع لان ذلك النفع ليس بقصدي بل حصل في ضمن الشهادة ولا يعتبر
كما في الغريم ومتوارث الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس يقبل شهادته وان
كان له فيه نفع لان النفع حصل ضمنا لا قصدا **قوله** ولنا ما رويناه اشارة الى
قوله ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته **قوله** ولا شهادة المولى لعبده
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا لمكاتبه وذلك لما رويناه في حديث
الخصاف ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده والمكاتب عندنا بقي عليه درهم والماذون
لا يخلو اما ان يكون عليه دين او لا فان لم يكن عليه دين كان شهادة المولى له كشهادته
لنفسه لان ما يحصل له للمولى لان العبد وما في يده لمولاه وان كان عليه دين فلا يقبل
الشهادة ايضا لانه شهادة لنفسه من وجه لان الملك يظهر في الكسب للمولى
عند فراغ العبد عن حاجته فكان الملك مراعا موقوفا حاله بين ان يكون
للغرماء او للمولى فكان في الشهادة نفعا للمولى فلم يقبل **قوله** ولا شهادة الشريك
فيما هو من شركتهما هذا لفظ القدوري في مختصره وانما لم يجز شهادة الشريك لما رويناه
من الحديث ولان كل ما يحصل للمشهود له للشاهد فيه نصيب فكان شهادة لنفسه
فلم يجز بخلاف الشهادة فيما ليس من شركتهما حيث يقبل لانه شهادة عدل
لغيره ولا تهمة فيه قال في الشامل في قسم المبسوط لا يقبل شهادة الشريك
المفاوض وان كان عدلا فيما خلا الحدود والقصاص وغير المفاوض ايضا في تجارته
قوله ويقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه وذلك لعموم قوله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم فيعمل بعمومها الا فيما ورد التخصيص بالدليل ولانه لا اتصال في الاملاك

ولا بسوطة فانعدمت التهمة فقبلت ولان العداوة والتحاسد بين الاخوة ظاهر فينتفي
التهمة المانعة من الشهادة الا ترى ان اول عداوة ظهرت في الدنيا بين الاخوة كما عرفت
في قصة قابيل وهابيل وكفاك قصة يوسف واخوته وروي عن شريح في ادب
القاضي للخصاف انه قبل شهادة الاخ للاخ وكذا روي فيه عن ابن سيرين والشعبي
وعمر بن عبد العزيز وقال في الشامل وتقبل لولد الرضاع ولام المراة لان هذه المعاني
لا يوجب الا حرمة النكاح لا اتصال منافع الاملاك وقال في خلاصة الفتاوى
ويقبل لام امراته وابنتها ولزوج ابنته ولامراة ابنه ولامراة ابيه ولاخت امراته
ومن السلف من قال لا يقبل شهادة الاخ لاخيه ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح
ادب القاضي **قوله** قال ولا يقبل شهادة مخنث اي قال القدوري في مختصره و
ذلك لانه فاسق في فعله فلا يقبل شهادة الفاسق وقد روى صاحب السنن باسناده
الى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه لعن المخنثين من الرجال والمترجلات
من النساء يعني المتشبهات من النساء بالرجال وهذا في المخنث في الفعل المخنث اما
الذي يسميه الناس مخنثا لضعف خلقته ولين الته ولم يعد ذلك نفسه فيقبل شهادته
ولا يكون ذلك قادحا في شهادته **قوله** قال ولا نائحة ولا مغنية اي القدوري
في مختصره والاصل في ذلك ما روى البخاري في الصحيح في كتاب الجنائز باسناده
الى مسروق عن عبد الله بن مسعود قال قال النبي صلى الله عليه ليس منا من لطم الخدود وشق
الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية وروى صاحب السنن باسناده الى ام عطية قالت
نهانا رسول الله عن النياحة وروي ايضا باسناده الى ابي سعيد الخدري رضي الله عنه
لعن رسول الله عليه النائحة والمستمعة بيانه ان النوح لما كان منهيا وقد باشرته النائحة
لم تؤمن ان تباشر شهادة الزور ايضا فلا يقبل شهادتها وذكر في الذخيرة لم يرد بالنائحة
التي تنوح في مصيبتها وانما اراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة
ولنا فيه نظر لان النبي عليه السلام نهى النياحة مطلقا من غير فصل واما المغنية فانها
مرتكبة للحرام ايضا فلا يسمع شهادتها لانها لم تمتنع عن محظور دينها يجوز ان لا تمتنع عن شهادة
الزور

الزور ايضا وهي محظورة دينها والدليل عليه ما ذكر الواحدي في تفسير لقمان
في سبب نزول قوله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث باسناده الى ابي
امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل تعليم المغنيات ولا بيعهن واثمانهن
حرام وفي مثل هذا انزلت هذه الاية ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل
عن سبيل الله الى اخر الاية وما من رجل يرفع صوته بالغناء الا بعث الله عليه شيطانين
احدهما على هذا المنكب والاخر على هذا المنكب لا يزالان يضربان بارجلهما حتى يكون
هو الذي يسكت وقد روى اصحابنا في كتبهم ان النبي صلى الله عليه نهى عن الصوتين
الاحمقين النائحة والمغنية ونقل صاحب الاجناس عن ادب القاضي املاء قال
لا يقبل شهادة اصحاب العصبية وقطاع الطريق واصحاب الفجور والنساء من
يعمل عمل قوم لوط ومن يقعد في الغناء والنائحة والنائح والمغني والمغنية لا يقبل
شهادة هاؤلاء الى هنا لفظه **قوله** ولا مدمن الشرب على اللهو هذا لفظ القدوري اي لا
يقبل شهادة مدمن الشرب على اللهو وانما اطلق ادمان الشرب على اللهو ليتناول جميع الاشربة
المحرمة من الخمر والسكر ونقيع الزبيب والتمر من غير طبخ والفضيخ والباذق والفضيخ
البسر اذا اخرج منه الماء وغلا واشتد وقذف بالزبد وذلك بان يكسر ويدق
والباذق هو المطبوخ اقل من الثلثين وكل ذلك يحرم شرب قليلها وكثيرها
الا ان منكر حرمة الخمر يكفر ومنكر حرمة هذه الاشياء لا يكفر ويجب الحد في
الخمر بشرب قليلها اذا لم يكن عن ضرورة العطش والاكراه وفي هذه الاشربة
لا يجب الحد الا بالسكر ويشترط الادمان في الخمر وهذه الاشربة لسقوط
العدالة الا ترى ان محمدا قال في الاصل ولا تجوز شهادة الاخرس ولا شهادة الفاسق
ولا شهادة اكل الربوا المشهور بذلك المعروف به المقيم عليه ولا شهادة مدمن
الخمر ولا شهادة مدمن السكر الى هنا لفظ محمد في الاصل وكذلك ذكر الحاكم الشهيد في
مختصر الكافي وشرط الادمان في الخمر والسكر جميعا ولهذا قال الامام فخر الدين قاضي
خان في فتاواه ولا يقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم قال

وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم في شرب الخمر في بيته لا يبطل
عدالته وان كانت كبيرة وانما يبطل اذا ظهر ذلك او
خرج سكران يسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب وقال في الفتاوي
الظهيرية في مسايل الجرح والتعديل شرب الخمر في السر لا يسقط العدالة
لان محمدا شرط الادمان في كتاب الشهادات واما من ادمن الشرب على
غير لهو ونوى يعتقد تحليله فشهادته مقبولة لانه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا
ترك المروة كذا قال في شرح الاقطع واما ما سوى هذه الاشربة مما يتخذ من
الحنطة والشعير والذرة والسكر والفانيذ والتين فهي مباحة وان سكر منها ولا حد على
من سكر منها في الصحيح من الروايات كذا قال صاحب التحفة قال لان هذه من جملة الاطعمة
ولا عبرة بالسكر فانه في بعض البلاد قد يسكر المرء من الخبز ونحوه والبنج يسكر ولبن
الرمكة يسكر وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المسكر منه حرام كما في المثلث
لكن اذا سكر منه لا حد فيه بخلاف المثلث كذا في التحفة يقال ادمن على الشيء اذا
داوم عليه **قوله** ولا من يلعب بالطيور هذه لفظ القدوري في مختصره وانما لم
يقبل شهادة اللاعب بالحمام والطيور لان اللعب بها يورث الغفلة لصاحبه ولا
يؤمن على المغفل من الزيادة والنقصان فلا يقبل شهادته ولانه قد يقع نظره
ثانية وذلك حرام ولا يجوز شهادة من يرتكب الحرام ولانه تارك للمروة باشتغاله
بفعل مستخف فلا يؤمن عليه ان ياتي في شهادته بما لا اصل له قال صاحب
الهداية وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني اي وفي بعض نسخ القدوري
قوله قال ولا من يغني للناس قال القدوري في مختصره وذلك لانه تارك
للمروة وعلل صاحب الهداية بقوله لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وقال في الاجناس
وسئل محمد بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه فقال لا يقدح ذلك شهادته
واختلفوا في حد الكبيرة فقال في الفتاوى الصغرى كان الشيخ الامام خواهر زاده في
شرح الشهادات حد الكبيرة ما كان حراما محضا يسمى فاحشة في الشرع كاللواطة
اذلم يسمى

اذ لم يسم في الشرع فاحشة لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع **اما في الدنيا**
بالحد كالسرقة والزنا وقتل نفس بغير حق او الوعيد بالنار في الاخرة كاكل مال
اليتيم ولا يسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا
داوم على ذلك فان العدالة تزول بالاصرار على الصغاير فهذا اولى وكذا اكل الربوا يشترط
فيه الادمان والشهرة في هنا لفظ الفتاوي الصغرى وقال بعضهم ما فيه حد فهو كبيرة
وقيل ما كان حراما لعينه وقال في خلاصة الفتاوي ما فيه حد بنص الكتاب
ثم قال واصحابنا لم ياخذوا بذلك وانما بنوا ذلك على ثلاثة معان احدها ان يرتكب ما
كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى **والثاني** ان يكون فيه منابذة
المروة والكرم وكل فعل يرفض المروة والكرم فهو من الكباير **والثالث** ان
يصر على المعاصي والفجور في هنا لفظ الخلاصة والاصل فيما ان العدل يقبل شهادته
لقوله تعالى واشهدوا وغير العدل لا يقبل شهادته لقوله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم قال في الفتاوي الصغرى العدل من يجتنب عن الكباير كلها حتى لو
ارتكب كبيرة يسقط عدالته وفي الصغاير العبرة للغلبة او الدوام على الصغيرة
لتصير كبيرة ونقله عن ادب القاضي لعصام وقال شمس الايمة السرخسي في شرح
ادب القاضي في باب المسالة عن الشهود عن ابراهيم النخعي انه قال العدل في المسلمين
من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج وقد حدث البخاري في بيان الكباير باسناده الى
ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه قال اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله
وما هن قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق واكل
الربوا واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات
الغافلات ذكره في الصحيح في كتاب الحدود وحدث البخاري ايضا باسناده الى
عبد الرحمن بن ابي بكرة عن ابيه قال قال النبي صلى الله عليه الا انبئكم باكبر الكباير
قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكيا فجلس
فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت ذكره في

كتاب الادب وذكر البخاري ايضا في كتاب الحدود من الصحيح باسناده الى
عبد الله قال قلت يا رسول الله اي الذنب اعظم قال ان تجعل لله ندا وهو خلقك
قلت ثم اي قال ان تقتل ولدك من اجل ان يطعم معك قلت ثم اي قال ان تزاني
حليلة جارك وذكر صاحب السنن هذا الحديث باسناده الى عبد الله عن النبي صلى الله عليه
في اخر كتاب الطلاق ولكن قال فيه قال فانزل تصديق قول النبي صلى الله عليه
والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا
يزنون الاية **قوله** قال ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد اي
قال القدوري في مختصره وذلك مثل الزنى والسرقة وقذف المحصن وقطع الطريق
انما لا تقبل شهادة من ياتي نوعا من انواع الكبيرة لانه فاسق وشهادة
الفاسق غير مقبولة لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا ونقل
الناطفي في تهذيب ادب القاضي عن الخصاف فقال ولا يقبل شهادة قطاع
الطريق واللصوص واصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يشرب
الخمر او من يسكر من النبيذ لان هؤلاء فساق ولم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان
كما ترى ووجهه ان نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة وشرط في
شهادات الاصل الادمان فقال ولا يقبل شهادة مدمن الخمر ومدمن السكر وفايده
انه اذا شرب السكر لا يسقط عدالته قال صاحب الاجناس وهذا شرط صحيح لانه
متى دام عليه فهو مقيم على معصية وان لم يلزم عليه فهو تايب نادم وقال الناطفي
ايضا ولا يقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر لان في
اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يوجب سقوط عدالته وان لم يكن نفس الجلوس
فسقا فلا يقبل شهادته **قوله** قال ولا من يدخل الحمام بغير ازار وذلك
لان كشف العورة حرام ومرتكب الحرام فاسق فلا يقبل شهادته ولان ذلك يدل
على قلة دينه وقلة مبالاته فلا يؤمن عليه من شهادة الزور فلا يقبل شهادته **قوله**
او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج وهذا لفظ القدوري في مختصره وهو عطف
على قوله

على قوله من يدخل الحمام بغير ازار انما لم يقبل شهادة اكل الربوا لانه فاسق لارتكابه
الحرام وقال تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا وقال تعالى وذروا ما بقي من الربوا ان
كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وقد روينا عن الصحيح
البخاري ان اكل الربوا من السبع الموبقات ونقل صاحب الاجناس عن شهادة الاصل
ولا يقبل شهادة اكل الربوا اذا كان مشهورا لانه اذا لم يكن مشهورا فطريقه التهمة
التهمة وعدالته ظاهرة فلا يبطل بتهمة معصية لم يتحقق واما الذي يلعب بالشطرنج
اذا قامر عليه او شغله عن الصلاة او اكثر الحلف بالكذب او الباطل فلا تجوز شهادته
كذا قال الخصاف في ادب القاضي وذلك لان القمار وتفويت الصلاة والكذب حرام فتسقط
شهادته واما اذا لم يوجد احد هذه المعاني ولعب بالشطرنج وحافظ على الصلاة
في وقتها ولم يقامر على ذلك ولم يحلف بالكذب فانه لا يسقط شهادته وذلك
لان العلماء اختلفوا في حرمة اللعب بالشطرنج واباحته عندنا هو حرام وهو
المقاييس فعلى قول مالك والشافعي يحل كذا نقل مذهبهما شمس الايمة السرخسي في شرح
ادب القاضي في باب المسئلة عن الشهود ولان الناس لا يعدونه من الكباير ولا
يستخفون صاحبه فلا يرد شهادته ووجه قول الشافعي انه يشحذ الخواطر
وفيه تعلم امر الحرب من انتهاز الفرصة ودفع الكيد عن نفسه وذلك امر
محمود فصار كاللعب بالفرس والقوس **ولنا** ما روى صاحب السنن باسناده الى
عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه ليس من اللهو الا ثلث تاديب
الرجل فرسه وملاعبته اهله ورميه بقوسه ونبله فبموجب هذا الحديث يكون
اللهو بالشطرنج حراما لانه غير الثلاث وروي في كتاب الامالي في معرفة
الصحابة في باب الحاء مسند ابي حبة بن مسلم رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى
الله عليه ملعون من لعب بالشطرنج والناظر اليها كالاكل لحم الخنزير وروي عن
رسول الله صلى الله عليه انه قال ما انا من دد ولا الدد مني واما الذي يلعب
بالنرد فمردود الشهادة على كل حال كذا في الذخيرة وذلك لانه حرام بالاجماع

قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق
هذا لفظ القدوري في مختصره وفي هنا نسخ المستحقرة والمستخفة والمستقبحة و
كلها على صيغة اسم المفعول وروي المستخفة بالخاء المشددة المكسورة وهي اصح
النسخ من السخيف وهو النسبة الى السخف وهو رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا
كان قليل الغزل ويروى المستخفة بكسر الخاء اي الافعال المستخفة بصاحبها
ذلك الساقطي في الاجناس وكان شيخنا ابو عبد الله الجرجاني يحكي عن ابي بكر الرازي
عن ابي الحسن الكرخي ان من ياكل في السوق بين ايدي الناس لا يقبل شهادته
وكذلك من يمشي في السوق بسراويل ليس عليه غيره لانه تارك للمروة وقال
الناطفي في تهذيب ادب القاضي حكى عن ابي الحسن ان شيخا لو صارع الاحداث
في الجامع لم يقبل شهادته لان هذا سخف وان لم يخل بفسقه لذلك **قوله** ولا
يقبل شهادة من يظهر سب السلف هذا لفظ القدوري في مختصره والمراد من السلف
الصحابة والتابعون وابو حنيفة منهم قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي

اي من التابعين

قال ابو يوسف اما رجل اظهر شتيمة اصحاب رسول الله صلى الله عليه لا يكون شهادته
مقبولة وذلك لانه لو اظهر شتيمة واحد من المسلمين لا يكون شهادته مقبولة
ويسقط عدالته فاذا اظهر الشتيمة لواحد من اصحاب رسول الله صلى الله عليه كيف
يكون مقبولا ونقل صاحب الاجناس في الموضعين في ادب القاضي وفي الشهادات
عن نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب
رسول الله صلى الله عليه واقبل شهادة من تبرا منهم وفرق بينهما باظهار
الشتيمة مجونه وسفه لا ياتي بذلك الا الاوضاع والاسقاط وشهادة
السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقده دينا وان كان على باطل فلم يظهر
فسقه وانما قيد القدوري باظهار سب السلف لانه اذا اعتقد ذلك ولم يظهره
وهو عدل في افعاله فان شهادته تقبل كذا في شرح الاقطع **قوله** وتقبل
شهادة اهل الاهواء الا الخطابية اراد باهل الاهواء اصحاب البدع كالخارجي
والرافضي

والجبري والقدري والمشبهة والمعطل وسمي اهل الاهواء لميلانهم على محبوب
نفوسهم بلا دليل شرعي او عقلي والهوى محبوب النفس من هوي الشيء
اذا احبه وقد مر في التبيين في باب اقسام السنة وعند الشافعي لا يقبل
شهادة اهل الاهواء لان الفسق من حيث الاعتقاد شر من الفسق من حيث
التعاطي **ولنا** ان صاحب الهوى مسلم لا يتهم بالكذب اذا امتنع عن سائر
محظور دينه وانما وقع فيما وقع لتشدده في الدين وذلك مانع من الكذب لا سيما
اذا اعتقد الكذب كفرا وهو مذهب الخوارج ما لم يخرجوا الى قتال اهل العدل
فشهادتهم جائزة لانهم لم يظهروا من انفسهم الفسق وانما اعتقدوه فاذا
قاتلوا فقد اظهروا الفسق فلم يقبل شهادتهم **واما** الخطابية فهم قوم من
غلاة الروافض قال في شرح الاقطع هم ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة
قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا هو الاله الاكبر
وجعفر الصادق الاله الاصغر وكانوا يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب
ان يشهد له بقية شيعته وقال شمس الايمة السرخسي في اصول الفقه في فصل بيان وجوه
الانقطاع في تفسير الخطابية هم صنف من الروافض يجوزون اداء الشهادة اذا
حلف المدعي بين ايديهم انه محق في دعواه ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا ففي هذا
الاعتبار ما يرجح جانب الكذب في شهادتهم ونقل في الاجناس عن نوادر
ابن رستم قال محمد شهادة اهل الاهواء جائزة الا الروافضة فان صنفا منهم
يصدق بعضهم بعضا فيشهد بقوله فلا يقبل شهادتهم وفي ادب القاضي املاء
هؤلاء الرافضة الخطابية وقال في المغرب الخطابية طايفة من
الرافضة نسبوا الى ابي الخطاب محمد بن ابي زينب الاجدع وقال ابو حاتم احمد
ابن احمدان الرازي الخطابية نسبوا الى ابي الخطاب واسمه محمد بن ابي زينب
الاسدي الاجدع وكان يقول بامامة اسمعيل بن جعفر فلما مات اسمعيل رجعوا
الى القول بامامة جعفر وغلوا في القول غلوا كبيرا وخرج ابو الخطاب

في حياة جعفر بالكوفة فحارب عيسى بن موسى ابن علي ابن عبد الله بن العباس واظهر
الدعوة الى جعفر فتبرا منه جعفر ولعنه ودعا عليه وقتل هو واصحابه كلهم و
يقال انه لم يفلت منهم الا رجل واحد اسمه سالم بن مكرم الجمال ويكنى بابي سلمة و
يلقب بابي خديجة وكان ابو الخطاب يقول بالهية جعفر تعالى الله عما يقول الظالمون
علوا كبيرا وثبت قوم من اهل مقالته بعده على القول بذلك وقالوا في الائمة كلهم بالغلو
الشديد وخرجت فرقة منهم الى القول بامامة محمد بن اسمعيل وزعموا ان ابا
الخطاب امرهم بذلك ودلهم عليه وقالوا فيه مثل ما قالوا في سائر الائمة من القول الكبير
والكفر العظيم ثم يفترقوا بعد ذلك فرقا كثيرة بذكر القابهم بعد ذلك عند ذكر
الغلاة منا لفظ ابن حاتم الرازي **قوله** ويقبل شهادة اهل الذمة بعضهم لبعض
وان اختلفت مللهم وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا مذهبنا وهو قول شريح
والشعبي وعمر بن عبد العزيز بن شهاب ويحيى ابن سعيد قال الطحاوي عن ابن
ابي عمران قال سمعت يحيى ابن اكثم يقول ما وجدت عن احد من المتقدمين ان شهادة
النصارى بعضهم على بعض لا يجوز الا ربيعة وقال مالك والشافعي لا يجوز لهما ان الكافر
فاسق لقوله تعالى فيهم في سورة النور ومن كفر بعد ذلك فاولئك هم الفاسقون
ولا يقبل شهادة الفاسق لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا ولان الشهادة
من باب الولاية والكرامة والكافر من اهل الاهانة فلا يقبل شهادته كالمرتد والحربي
ولنا ما حدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى عامر الشعبي عن جابر ابن
عبد الله ان اليهود جاءوا الى رسول الله صلى الله عليه برجل وامراة منهم زنيا فقال
لهم رسول الله صلى الله عليه ايتوني باربعة منكم يشهدون ففعل بذلك ان النبي صلى الله عليه جوز
شهادتهم عليهم ولان الكافر له ولاية على نفسه وعلى الصغار من اولاده فيكون له
ولاية على جنسه فتقبل شهادته على جنسه كالمسلم لما كان له ولاية على نفسه واولاده
الصغار كان له ولاية على جنسه من المسلمين بخلاف المرتد فانه لا ولاية له اصلا
لانه لا دين له يقر عليه وبخلاف شهادة الحربي على الذمي لان الذمي اعلى حالا

منه

منه لان الخبر الذمي اثر في غلبة الظن بالصدق عن عقل ودين صارفين عن قبح الكذب
فيجب العمل بغلبة الظن فيقبل شهادته كالمسلم بخلاف شهادة الذمي على المسلم حيث لا يقبل
للتهمة لانه يعادي المسلم وربما يريد اضراره بالكذب عليه ولانه لا ولاية له على المسلم
بالنص فان قيل من لا يقبل شهادته على المسلم لا يقبل شهادته على الكافر كالفاسق
قلنا الكافر لا يقبل شهادته على المسلم للتهمة لانهم يستحلون دماءنا واموالنا
وهذه التهمة معدومة في شهادة بعضهم على بعض بخلاف الفاسق فانه مردود
الشهادة لفسقه وهو موجود في شهادته على الكافر كما هو موجود في شهادته على
المسلم فبطل القياس لان علة الرد وجدت في شهادة الفاسق دون شهادة الكافر على
الكافر فان قلت على هذا ينبغي ان لا يقبل شهادة اليهودي على النصراني وبالعكس لان
كلا منهما يستحل دم الاخر قلت لما كانوا جميعا اهل الذمة وكانوا تحت ايدينا
واهانتنا وظهرت بيننا وبينهم عداوة اقتضى ذلك اجتماعهم فانتفت التهمة **قوله**
لانه لا ولاية له اي لان الشان لا ولاية للذمي بالاضافة اليه اي بالنسبة الى المسلم وانما
قيد بالاضافة الى المسلم لان للذمي ولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار **قوله** يتقول
اي يفتري الذمي على المسلم **قوله** يغيظه قهره اياه اي قهر المسلم الذمي يقال غاظه
اي اغضبه **قوله** ولا يقبل شهادة الحربي على الذمي وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان اختلاف الدارين قاطع للولاية والعصمة والشهادة ولاية فلم تقبل شهادة
ولان الحربي عدو مطلق من اهل دارهم والذمي من اهل دارنا وقد قبل خلف الاسلام
وهو الجزية حتى كان له وعليه مثل ما كان للمسلم وعليه فكان اعلى حالا من الحربي
فلم يجز ان يجعل له ولاية على الذمي ويقبل شهادة الذمي على المستامن لان
الذمي اعلى حالا منه فجاز ان يجعل له ولاية عليه كشهادة المسلم على المستامن
وعلى الذمي ويقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار
فاذا اختلفت فلا لانقطاع العصمة والولاية ولهذا لا يجري التوارث عند اختلاف
الدارين بخلاف اهل الذمة حيث يقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا

دونهما وذلك تزكيتنا لانهم لما قبلوا الجزية صاروا من اهل دارنا فكانت دارهم متحدة
حكما قال الناصحي في تهذيب ادب القاضي فان اسلم المشهود عليه قبل ان يقضي
عليه بطلت الشهادة لانا لو قضينا لقضينا الان لا يجوز ان يقضى بشهادة كافر على
مسلم واذا اعترض ما يمنع القضاء بالشهادة قبل القضاء لم يقض به كما لو رجع الشهود
قبل القضاء فانه لا يقضى كذا هذا وان قضى عليه بشهادة الكافر ثم اسلم فالقضاء
ماض ويؤخذ منه المال لان الشهادة تمت بالقضاء فطريان ما يبطل الشهادة لا يبطل
القضاء كما لو رجع الشهود بعد القضاء الا في الحدود والقصاص في النفس وفيما دون النفس
فانه اذ ذاك عنه لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فاذا اعترض مانع
قبل الاستيفاء لم يستوف الحد والقصاص **قوله** قال وان كانت الحسنات اغلب
من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية اي قال القدوري في
مختصره قال ابو عصمة الناصحي في تهذيب ادب القاضي في باب المسئلة عن الشهود واذا
سلم الرجل من الفواحش التي يجب فيها الحدود وما يشبه ذلك من العظائم نظرنا
في معاصيه وفي طاعاته فان كان يؤدي الفرائض واخلاق البر فيه اكثر من المعاصي
الصغار قبلنا شهادته اذ لا يسلم عبد من ذنب وان كان المعاصي اكثر من اخلاق
البر رددت شهادته لانه لا يرتكب الكبائر والخير عليه غالب وصغير الذنب
مع ظاهر الصلاح لا يوجب رد الشهادة ثم قال بعد ورقتين قال ابو يوسف
اذا كان اكثر امور الانسان حسنة فهو عدل اذا كان الذي يكون منه من القبيح ليس
من الكبائر لان احدا لا يخلو عن زلة فاذا كان غالب امره الصلاح قبلت بينته وان
كان صاحب كبيرة فاستغفر الله منها وتاب وظهرت توبته واصلح فهو عدل
وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي قد نقل اقوال كثيرة عن السلف في
اشتراط العدالة في الشهود والحاصل ما روي عن القاضي ابي خازم انه سئل عبيد
الله بن سليمان وزير المعتضد بالله عن العدل في الشهادة فقال احسن ما نقل في هذا
الباب ما روي عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري القاضي رحمه الله انه
سئل

سئل عن العدل في الشهادة فقال ان يكون مجتنبا للكبائر ولا يكون مصرا
على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه وان
يستعمل الصدق ديانة ومروة ويجتنب عن الكذب ديانة ومروة فاستحسنوا
ذلك واثبتوه في ديوان الحضرة الى هنا لفظ شمس الائمة وهذا الذي ذكره صحيح
لان احدا لا يمكنه الاجتناب عن جميع الذنوب الكبائر والصغائر الا الانبياء
صلوات الله عليهم فلو اشترط الاجتناب عن جميع ذلك في العدالة انسد باب الشهادة
وهو مندوب اليه بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله ممن ترضون من
الشهداء فلما كان كذلك اعتبر الغالب فمن غلبت حسناته سيئاته قبلت
شهادته اذا كان يجتنب الكبائر وان كان على العكس فلا قال في ادب القاضي واذا
ترك الرجل الصلاة في الجماعة استخفافا او مجانة لم يقبل شهادته قال ابو بكر
الرازي لم يرد بالاستخفاف الاستهزاء لان الاستهزاء بشيء من الشرائع كفر
وانما اراد به التواني والتكاسل لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال من رغب عن
سنتي فليس مني وان تركها على تاويل وكان عدلا فيما سوى ذلك قبلت شهادته
لانه ليس بذنب فلا يوجب رد الشهادة وقال في الفتاوى الصغرى في مسائل الجرح
والتعديل تفويت الجماعة كما يفعله العوام وكذا ترك الجمعة من غير عذر
يسقط العدالة ذكره الخصاف في موضعين فذكر في احدهما الترك ثلاثا وهو
الذي اختاره شمس الائمة السرخسي ولم يذكر في الموضع الثاني تكرار الترك قال
ومن ترك الجمعة رغبة عنها على غير تاويل فشهادته غير جائزة وهو الذي
اختاره شمس الائمة الحلواني فانه قال المرة الواحدة تكفي لسقوط العدالة
كتبته في باب شهادة الظنين فاما اذا تركها المرضى لبعد المصر او بتاويل
بان كان الامام يفسق لا يسقط عدالته الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى **قوله**
الم بمعصية يقال الم اي اتى اللمم وهو دون الكبيرة من الذنوب كذا في
تهذيب الديوان ومنه ما ذكر القتيبي في غريب الحديث في حديث عبد الله بن

عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال حدثني عبد الرحمن عن عمه عن يعقوب بن
مسلم عن ابن ابي طرفة الهذلي انه قال مر ابو خراش يسعى بين الصفا والمروة
وهو يقول لاهم هذا خامس ان تما تمه الله وقد تمنا ان تغفر اللهم تغفر جما
واي عبد لك لا الما وكذا نسب البيت في تهذيب ادب الديوان الى ابي
خراش ولكن قال ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح البخاري في كتاب المقسوم انه
قول امية **قوله** قال ولا يقبل شهادة الاقلف اي قال القدوري في
مختصره قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي ولا نص عن اصحابنا
في الاقلف ثم قال وذكر صاحب الكتاب يعني الخصاف انه يجوز شهادته وتجوز
صلاته وامامته ويؤكل ذبيحته الا اذا ترك ذلك على وجه الرغبة عن السنة
وقال الناطفي في تهذيب ادب القاضي وتجوز شهادة الاقلف اذا كان عدلا لان
النبي صلى الله عليه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة فقوته لا يمنع قبول
الشهادة ولان الكبير قد يخاف التلف على نفسه من الختان فيعذر في تركه قال ابو بكر
الرازي فان كان لا يخاف فتركه تهاونا بالسنة فانه يصير فاسقا ولا يقبل شهادته
ولا يؤكل ذبيحته اذا لم يتركه رغبة عن السنة الى هنا لفظ كتاب الناطفي وروي عن
ابن عباس انه لا يقبل شهادة الاقلف ولا يقبل صلاته ولا يؤكل ذبيحته قال الشيخ
ابو نصر البغدادي وانما اراد به المجوس والاقلف الذي لم يختتن **قوله** قال والخصي قال
الخصاف ويقبل شهادة الخصي اذا كان عدلا كما يقبل شهادة رجل واحد على الزنا والقصاص
وغير ذلك وروي ان عمر رضي الله عنه اجاز شهادة علقمة الخصي على قدامة ابن
مظعون رواه الخصاف باسناده الى الزهري عن عبد الله ابن عامر ابن ربيعة عن
عمر ولان قبول الشهادة يعتمد العدالة والخصاء لا يقدح في العدالة لانه ليس الا قطع
العضو منه وقطع سائر الاعضاء لا يوجب سقوط العدالة فكذا هذا **قوله** قال
وولد الزنا اي قال القدوري في مختصره قال الخصاف في ادب القاضي شهادة ولد
الزنا على الحد وغيره جائز اذا كان عدلا وذلك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل
منكم

منكم وولد الزنا عدل فيقبل شهادته ولان فسق ابويه ليس بالمؤمن كفرهما وكفرهما
يمنع قبول شهادته اذا كان عدلا وفسقهما اولى على انا نقول قال تعالى ولا تزر وازرة وزر
اخرى وهو لا يعتبر زانيا بزنا ابويه ولا يؤاخذ بفعلهما فلا تكون فعلهما مانعا
لشهادته ورايت في كتاب التفريع لاصحاب مالك قال ولا باس بشهادة ولد
الزنا الا في الزنا وما اشبهه من الحدود فانها لا تجوز فيه هذا لفظ كتاب التفريع
ووجه ذلك انه يريد ان يكون جميع الناس مثله وهذا ضعيف لان كلامنا
فيما اذا كان ولد الزنا عدلا والعدل لا يرضى بذلك **قوله** قال وشهادة الخنثى
جائزة اي قال القدوري في مختصره **اعلم ان شهادة** الخنثى وهو الذي له
آلة الرجل وآلة المراة جائزة اذا كان حرا عدلا لانه لا يخلو في الواقع اما ان
يكون رجلا او امراة وتجوز شهادة الصنفين جميعا لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ولكن ينبغي ان يكون معه
رجل وامراة لان ينبغي امراة على الاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص
كالنساء لانه يحتمل ان يكون امراة وفي شهادتهن شبهة البدلية والحدود تدرا
بالشبهات **قوله** قال وشهادة العمال جائزة وهذه من خواص الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه كان يجيز شهادة
العمال قال فخر الاسلام معناه العمال الذين كانوا اعوان السلطان في ذلك
العصر لان الصلاح كان غالبا عليهم فاما هؤلاء الذين في زماننا فلا يقبل
شهادتهم لان الظلم غالب فيهم وهذا معنى قول صاحب الهداية والمراد عمال
السلطان عند عامة المشايخ وقال بعضهم اراد به ان كان العامل وجيها ذا مروة
غير مجازف في كلامه يقبل شهادته والا فلا وهذا كما مر عن ابي يوسف في اوائل كتاب
الشهادات ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة يقبل شهادته وقال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ان كان العامل مثل عمر ابن عبد العزيز ونحوه يجوز شهادته
وان كان مثل يزيد بن معاوية ونحوه لا يقبل شهادته وانما جازت شهادة العمال

لان القابل اذا كان صالحا يكون اجرا لانه روي في الخبر ابو هريرة رضي الله عنه
عن رسول الله صلى الله عليه قال سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله
وعد السبعة وذكر فيهم الامام العادل وذكر في الواقعات في باب الشهادات في علامة
النسفي في السلطان الذين ياخذون العشر والصدقات وغيرها جازت شهادتهم
اذا كانوا امناء لانهم انما دخلوا في ذلك لامانتهم فالظاهر انهم يحترزون عن الكذب

قوله واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا
وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في شاهدين شهدا لرجل ان اباهما اوصى اليه قال جائز ان ادعى ذلك وان انكر لم يجز
شهادتهما وان شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله
الى هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يقبل في الايصا
ايضا ذكر القياس والاستحسان في كتاب الوكالة وهذه المسئلة على وجوه خمسة
احدها ان ادعى رجل انه وصي فلان الميت ويشهد بذلك وارثان **والثاني** ان يشهد
الغريمان للميت عليهما دين **والثالث** ان يشهد الغريمان لهما على الميت
دين **والرابع** ان يشهد الموصى لهما **والخامس** ان يشهد الموصى اليهما فالجواب
جميع الفصول ان الشهادة جائزة استحسانا غير جائزة قياسا وهذا اذا كان
الموت ظاهرا فان لم يكن ظاهرا لا يقبل شهادتهما الا الغريمين للميت عليهما
دين فان شهادتهما تقبل وان لم يكن الموت معروفا وجه القياس انهما
في هذه الشهادة منفعة وكل شهادة جرت نفعا او دفعت غرما لا تقبل
قياسا على الوكالة كما لو شهد الغريمان في حال الحياة انه وكل هذا الرجل بقضاء الدين
او بانقضائه لا يقبل الشهادة فكذا هنا وجه الاستحسان ان القاضي يملك
نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة
ولاية لم تكن وانما سقط عنه مؤنة تعيين الوصي كالقرعة ليست بموجبة ومع هذا
يجوز استعمالها في تعيين الانصباء دفعا للتهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا حجة
موجبة

موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عن القاضي مؤنة التعيين بخلاف الشهادة
على ان اباهما وكله بقبض دينه حيث لا يقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل
عن الغايب فلو ثبتت الوكالة تثبت بهذه الشهادة وقد تمكنت فيهما التهمة
فلا تقبل ولان القاضي لو رد هذه الشهادة يحتاج الى ان ينصب للميت وصيا لان
القاضي نصب ناظرا للمسلمين فلا تجوز ان تعطل امور الميت فاذا كان يحتاج الى
نصب وصي اخر عند رد هذه الشهادة لم يكن في الرد فائدة بخلاف ما اذا لم يكن
الميت معروفا او الوصي لا يدعي ذلك لا يقبل الشهادة لان القاضي حينئذ
لا يملك نصبه وصيا بغير رضاه او برضاه والموت ليس بمعروف فيكون ثبوت
الوصاية ضمنا فاما الشهادة تهم فلا تقبل بسبب التهمة بخلاف الغريمين عليهما للميت
دين فان شهادتهما تقبل على الموت والوصية اذا ادعى الوصي ذلك لان هذا اعتراف
على انفسهما بحق قبض الدين فانتفت التهمة فان قلت ذكرت قبل هذا ان القاضي
لو رد هذه الشهادة يحتاج الى نصب وصي فلا فائدة في رد الشهادة وهذا يستقيم
في الفصول كلها ولكن فيما اذا شهد الموصى اليهما اشكال بان يقال كيف يحتاج
الى نصب وصي وللميت وصيان قلت انهما لما شهدا ان الميت اوصى الى هذا الرجل الثالث
تقرا اقرارا ان لا حق لهما في التصرف فلم يكن معهما ثالث فلو رد شهادتهما احتاج
الى ان ينصب وصيا اخر حتى يتصرف معهما فلا يكون لرد الشهادة فائدة كذا
ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله وبهذا عرفت ان ما ذكره صاحب الهداية بقوله
والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا جواب سؤال مقدر ما عرفته والباقي يعرف
في شروح الجامع الكبير في باب الشهادة في المواريث قال اوصى اليه اي جعله وصيا
واوصى له بكذا اي جعله موصى له **قوله** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم
بذلك هذا لفظ القدوري في مختصره اراد بذلك الجرح المجرد وهو الذي لا
يدخل تحت حكم القاضي كما اذا قال المدعى عليه ان شهود المدعي فسقة او قال انهم
استاجروا الشهود وانما لا يقبل الشهادة على جرح مجرد خلافا للشافعي لان القاضي مامور

على المسلمين وفي سماع البينة هتك الحرمة واشاعة الفاحشة وذلك حرام لقوله
تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم في الدنيا
والاخرة والله يعلم وانتم لا تعلمون الا اذا تضمن حقا للشرع او للعبد فحينئذ يقبل
ولان المقصود من سماع البينة الحكم بها والفسق لا يدخل تحت الحكم لان المقصود من
الحكم التوثق وليس للقاضي التوثق في اثبات الفسق ولانه لا فائدة في الحكم لان المحكوم
عليه يمكنه ابطاله بالتوبة **قوله** ولو شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل وفي بعض
النسخ الا اذا شهدوا وهو استثناء من قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح يعني
اذا شهد شهود المدعى عليه ان المدعي اقر ان شهوده فسقة يقبل الشهادة على
الجرح لان معناه اثبات اقرار المدعي بانه لا حق له على المدعى والمرء مؤاخذ بزعمه
قوله قال ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم يقبل
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اقام
البينة ان هذا استاجر الشهود قال لا اقبل البينة على استيجار الشهود هذا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي
قول ابن ابي ليلى تقبل لانه اثبت انهم فسقة وشهادة الفسقة لا تقبل ثم قال
الفقيه وهذا القول احسن وذكر فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير ذكر الخصاف
في الجرح المجرد انه مقبول وقال الناصحي في تهذيب ادب القاضي في وجه قول
الخصاف ان هذه المعاني تسقط العدالة فيقبل البينة عليها كالرق وظاهر
الرواية عن اصحابنا انه لا يقبل الشهادة على الجرح المجرد ونحو المذكور في الجامع الصغير
وفي كتاب التزكية وغير ذلك ولهذا قال الناصحي في تهذيب ادب القاضي
حكى ابن كاس عن اصحابنا وهو المشهور من مذهبنا انهم اذا شهدوا على رجل
بالزنى فادعى المشهود عليه انهم جميعا اكلة الربوا او شراب خمر او مستاجرون على هذه
الشهادة وجاء على ذلك ببينة فاني لا اقبل ذلك منه وكذلك لو اقام البينة انه
رجع عن الشهادة او شهد على اقرار الشاهد بانه لا شهادة عنده او هو مستاجر على
هذه

هذه الشهادة فانها لا تقبل وانما يقبل اذا اقام المشهود عليه البينة ان الشاهد
عبد او محدود في قذف او كانت الشهادة بمال فيقيم البينة انه شريكه فانها
تقبل **وجه** الظاهر ان البينة انما جعلت حجة لاثبات ما يدخل تحت
الحكم وفي وسع القاضي الزامه ذلك والجرح المجرد لا يدخل تحت الحكم لان
الجرح حرام لما مر الا اذا يتضمن حقا للشرع لا بد منه او حقا للعبد لم يوجد
ذلك فلا يسمع وليس في وسع القاضي الزامه ذلك لقدرة المدعى عليه على دفع
ذلك بالتوبة انصل به حكم صحيح ولان مقصود المدعي من اقامة البينة ابطال
شهادة شهود المدعي ونفيها والبينات شرعت للاثبات لا للنفي فلا تقبل ولان
هذه الشهادة وقعت على شيء لا يمكن اثباته لانهم شهدوا انهم فسقة او اكلة
الربوا ونحو ذلك فلا يمكن اثبات ذلك لان الانسان قد تتغير احواله فيصير
عدلا بعد ان كان فاسقا اما اذا تعلق بالجرح حكم بان قال هم زناة او قال
صالحت الشهود بكذا من المال وسلمت اليهم حتى لا يشهدوا علي باطلا وقد شهدوا فاقام
على ذلك بينة قبلت لانه ادعى حقا لنفسه بخلاف ما اذا قال لم ادفع اليهم
مال الصلح حيث لا يقبل بينته واما الرجوع عن الشهادة فلان الرجوع
لا يصح الا عند القاضي وذلك لان الشهادة لا تسمع الا عند القاضي فكذلك الرجوع
عنها وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك او ظن فلا يقبل الشهادة عليه واما
في الرق وحد القذف والشركة في المال فالمشهود عليه يثبت ببينته ان لا
شهادة له فيقبل عليه البينة ولان هذه المعاني محكوم بها الرق والشركة في المال
محكوم به وشهادة القاذف مردودة مع التوبة وليس فيه هتك ستر فيحكم به واذا
كانت محكوما بها جاز قبول الشهادة عليها وقال فخر الاسلام وغيره في بيان
قول الخصاف معناه اذا كان الذي يشهد بذلك يصلح مزكيا فيجعل كشاهد
زكاه نفر وجرحه اخر او يحمل على انهم شهدوا باقرار المدعي بذلك وذلك مقبول
قوله والاستيجار وان كان امرا زايدا عليه فلا خصم في اثباته هذا جواب

سؤال بان يقال لا نسلم ان الشهادة على الاستيجار جرح مجرد بل فيه امر زايد وهو
اثبات حق المدعي فينبغي ان يثبت الجرح في ضمنه فاجاب عنه وقال وان كان هو
امرا زايدا على نفس الجرح لكن المدعى عليه اجنبي ليس بنايب عن المدعي في اثبات حقه
فلم يلتفت الى ذلك لعدم الخصم في الاثبات فبقي جرحا مجردا حتى لو قال استاجرتهم
من مال الذي في يده قبلت بينته لقيامه خصما ونقل في الاجناس عن الكيسانيات
لو شهد شهود المدعى عليه على شهود المدعي بسرقة او شرب خمر او زنا لم يتقادم
يقبل شهادتهم ويجب الحد عليهم وبطلت شهادتهم اذا وجب عليهم الحد وقال في
حدود الاصل اذا ادعى المشهود عليه ان شاهد المدعي اكل الربوا او شارب خمر او انه
استوجر على هذه الشهادة فاقام البينة عليه فانه لا يقبل بينته ثم قال صاحب
الاجناس ليس هذا باختلاف الرواية وانما هو على اختلاف موضوعهما ما
ذكره في الحدود ويقصد به جرح شاهد المدعي على شرب خمر او زنا او سرقة قد
تقادمت وما ذكره في الكيسانيات يقصد به اثبات الحد دون جرح الشاهد
الا ترى انه اذا قال وجب الحد بطلت شهادتهم وان لم يكن المشهود به متقادما
قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت
شهادته وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في الرجل يشهد فلا يبرح حتى يقول اوهمت بعض شهادتي قال ان كان عدلا
اجاز شهادته قال فخر الاسلام معنى قوله اوهمت اخطات بنسيان ما كان يحق
ذكره ويحتمل اوهمت بزيادة ما كان باطلا وقال فخر الدين قاضي خان صورته اذا
شهد بعشرة ثم قال اوهمت بل هي تسعة اعلم ان كلام الشاهد يقبل في
قوله اوهمت اذا كان عدلا اذا لم يبرح مجلس القاضي لان مهابة مجلس القاضي توقع
عليه الغلط بالزيادة او النقصان فاذا تدارك الغلط قبل البراح وهو عدل
قبل ذلك منه فكان ذلك ملحقا باصل شهادته بخلاف ما اذا لم يظهر عند التدارك
كان عدلا لكن برح مكانه حيث لا يقبل شهادته لانه يوهم التلبيس بزيادة من المدعي او
بنقصان

بنقصان من المدعى عليه قالوا هذا اذا كان الموضع موضع الشبهة يعني شبهة التلبيس
اما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اذا كان عدلا سواء اتحد المجلس او اختلف
كما اذا ترك لفظة الشهادة او مثلها نحو ان ترك ذكر اسم المدعي او المدعى عليه او
يترك الاشارة الى المدعي او الى المدعى عليه **قوله** وعلى هذا وقع الغلط في بعض
الحدود وذلك بان يذكر الجانب الشرقي مكان الغربي او على العكس **قوله** او في
بعض النسب مثل ان يذكر محمد ابن احمد ابن علي ابن احمد يعني يقبل شهادته اذا
تدارك الغلط في المجلس والا فلا **قوله** وعن ابي حنيفة وابي يوسف يقبل
قوله في غير المجلس اي يقبل قول العدل اوهمت في غير المجلس في جميع المسايل
سواء كان الموضع موضع شبهة اولا **قوله** والظاهر ما ذكرناه يعني ان ظاهر
رواية ما ذكرناه وهو ان شهادته تجوز اذا قال اوهمت اذا لم يبرح مكانه بعد
ان كان عدلا فان برح فلا يقال اوهم في الحساب مائة اي اسقط ويقال برح
المكان براحا قال تعالى فلن ابرح الارض ولا ابرح اي لا ازال

باب الاختلاف في الشهادة

لما ذكر مسايل الاتفاق وهو الاصل شرع في مسايل
الاختلاف **قوله** قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها
لم تقبل اي قال القدوري في مختصره وذلك لان حقوق العقد تقف على مطالبته او
من يقوم مقامه والبينة حق من حقوقه فاذا وافقت البينة الدعوى قبلت
لان الدعوى وجدت واذا لم توافقها لم تقبل لانها بلا مدع ثم المعتبر في الاتفاق
بين الشهادة والدعوى هو الاتفاق في المعنى لا من حيث اللفظ الا ترى ان المدعي
يقول ادعي كذا والشاهد يقول اشهد بكذا ولا اتفاق بينهما من حيث اللفظ
فاذا عرفت هذا فاعرف ان كل موضع يمكن التوفيق بين الدعوى والشهادة لم
تبطل واذا لم يمكن بطلت قال في الفصل الخامس عشر في الفصول وذكر في باب
اختلاف الشهادات من شهادات الجامع وليس الاختلاف بين الشاهدين
بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لان شهادة الشاهدين ينبغي ان

يكون كل واحدة منها مطابقة للاخرى في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى
اما المطابقة بين الشهادة والدعوى فينبغي ان تكون في المعنى خاصة ولا
عبرة للفظ حتى لو ادعى الغصب وشهد احدهما على الغصب والاخر على الاقرار
بالغصب لا تقبل ولو شهدا على الاقرار بالغصب تقبل **قوله** قال وتعتبر اتفاق
الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد احدهما بالف والاخر
بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين
اي قال القدوري في مختصره وجملة الكلام فيه ما قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي قال واذا ادعى رجل على رجل الفي درهم وهو ينكر فاقام
شاهدين فشهد احدهما على الف والاخر على الفين لم يقبل عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعي يدعي اقل المالين وهو الف
درهم والمسئلة بحالها لم تقبل بالاجماع الا اذا قال كان لي عليه الف وخمسماية
الا انه قضاني خمسماية او ابراته من خمسماية والشاهد لا يعلم بذلك فقضى له
عليه بالف ولو كان يدعي عشرين فشهد احدهما على عشرة والاخر على عشرين فهو
على هذا الاختلاف وكذلك لو شهد احدهما على عشرة والاخر على خمسة عشر
فهو على هذا الاختلاف هذا كله اذا كان الدعوى المال **فاما** اذا كان دعوى
عقد لم يقبل بالاجماع في الفصول كلها **بيانه** انه اذا ادعى انه باع عبدا
من فلان بالفي درهم والمشتري ينكر فشهد شاهد على الف والاخر على الفين او
احدهما على الف والاخر الف وخمسماية لم يقبل بالاجماع وكذلك لو كان المدعي هو المشتري
والبايع ينكر وان كان هذا في الاجارة فان كان المدعي هو المواجر في المدة فهذا
دعوى عقد فلا يقبل وان كان بعد انقضاء المدة فهذا دعوى المال وهو كفصل
الدين وان كان المدعي هو المستاجر قبل انقضاء المدة او بعد انقضائها فهذا دعوى
دعوى العقد بالاجماع ولو كان هذا الدعوى في النكاح فان كانت المراة هي المدعية
للنكاح فهذا دعوى المال عند ابي حنيفة حتى انها لو ادعت النكاح بالف وخمسماية

فتشهد

فتشهد احدهما على الف والاخر على الف وخمسماية فان النكاح جايز بالف وعندهما
لا تقبل الشهادة كدعوى العقد ولو كان المدعي هو الزوج والمراة منكرة فهذا
دعوى العقد بالاجماع **فاما** اذا وقعت الدعوى في الطلاق او في الخلع على
مال او العتق او الصلح عن دم العمد على مال فان كان المدعي هو الزوج او المولى
او ولي القصاص فهذا دعوى المال وان كان المدعي المراة والقاتل او العبد
فهذا دعوى عقد لا يقبل بالاجماع **واما** في دعوى الكتابة ان كان
المدعي هو المكاتب فهذا دعوى العقد ان كان المدعي هو المولى فلا يصح لان
المكاتب له ان يعجز نفسه متى اراد **واما** في الراهن فان كان المدعي هو الراهن
فهذا لا يتصور لان حفظ الرهن للمرتهن وان كان المدعي هو المرتهن فهذا دعوى
الدين الى هنا لفظ شرح الطحاوي قال صاحب الهداية وعلى هذا المائة والمائتان
والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث يعني اذا شهد احد الشاهدين بماية و
الاخر بمايتين او شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقتين او شهد احدهما بطلقة و
الاخر بثلاث لا يقبل عند ابي حنيفة ولا يقبل على الاقل عندهما وذكر في شرح الاقطع
قول الشافعي كقولهما **وجه** قولهما انهما اتفقا على الاقل واختلفا في الزيادة
فيثبت ما اتفقا دون ما اختلفا كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية
او شهد احدهما بتطليقة والاخر بتطليقة ونصف وجه قول ابي حنيفة انهما
اختلفا لفظا ومعنى اما اللفظ فظاهر لان احدهما شهد بالف والاخر بالفين وكذا
المعنى لان احدهما فرد والاخر بجمع لان الالفين عبارة عن الف اجتمع مع الف اخر
فكان كل واحد منهما شاهد واحد فلا يقبل نصا كما اذا شهد احدهما بالف درهم و
الاخر بماية دينار او شهد احدهما بكر حنطة والاخر بكر شعير وهذا يعني
قوله كما اذا اختلف جنس المال بخلاف ما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف
وخمسماية والمدعي يدعي اكثر المالين حيث يقبل على الالف لاتفاقهما على الالف
لفظا ومعنى لان عطف الخمسماية على الالف يقرر الالف وعلى هذا اذا شهد

احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة و
الاخر بخمسة عشر لان العطف لم يوجد فحصل الاختلاف بين الشاهدين
كما في الالف والالفين **قوله** بل هما جملتان متباينتان يعني الالف والالفين
جملتين ولم يرد بالجملة ما هو مصطلح النحاة وهي الكلام بل المراد بها الجملة اللغوية
وهي عبارة عن شيء مجموع من اجزاء يقال اجملت الشيء اجمالا اذا جمعت عن
تفرقه ويقال جملة من الدراهم وجملة من الغنم وما شابه ذلك والالف بهذه المثابة
ايضا لانها مجموعة عن اجزائها وحدانا والمراد من قولنا جملتان متباينتان ان
كل واحد من الالف والالفين يفهم منه ما لا يفهم بالاجزاء غاية ما في الباب ان
الالفين لهما دلالة على الالف لكن بسبيل التضمن والمدلول عليه ضمنا انما يثبت اذا
اثبت المتضمن ولم يثبت المتضمن هنا وهو الالفان لعدم موافقة الشاهد الاخر
فلا يثبت ما في ضمنه ايضا وهو الالف **قوله** قال وان شهد احدهما بالالف والاخر
بالف وخمسماية والمدعي يدعي الفا وخمسماية قبلت الشهادة على الالف اي قال
القدوري في مختصره وذلك لانهما اتفقا على الشهادة على الالف لفظا ومعنى وانفرد
احدهما بذكر خمسماية وذلك ليس بقادح في الشهادة بالالف كما اذا شهد احدهما بماية
درهم والاخر بماية درهم وماية دينار وهو يدعيهما ولو قال المدعي لم يكن حقي
الا الالف فشهادة الذي زاد على الالف باطلة لتكذيب المدعي لان تكذيبه
تفسيق وكذا اذا ادعى الالف ولم يقل لم يكن حقي الا الالف بل سكت عما زاد عليه
فشهد احدهما بالف وخمسماية كانت شهادته باطلة لان التكذيب هو الظاهر لان
السكوت في موضع البيان بيان فكان سكوته عما زاد على الالف نفيا له وهو تكذيب
للشاهد فان وفق المدعي وقال كان اصل حقي الفا وخمسماية الا اني استوفيت
الخمسماية او ابراته عنها والشاهد لم يعلم بذلك قبلت الشهادة على الالف اعني
فيما اذا ادعى الالف وشهد احد الشاهدين بالالف والاخر بالف وخمسماية لانه
يمكن ان يكون الامر كما قال والشهادة تجب حملها على الصحة ما امكن **قوله**

واذا

واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسماية قبلت شهادتهما بالالف
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولم يسمع قوله انه قضاه الا ان يشهد
معه الاخر قال في شرح الاقطع هذا هو المشهور وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسماية
لان مضمون قول من شهد بالقضاء ان لا دين سوى خمسمايته فلا يجوز ان يثبت
اكثر من ذلك ووجه المشهور انهما اتفقا على الالف وثبت ذلك وتفرد احدهما
بالقضاء فلم يثبت ذلك فصار كما لو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية
قوله وجوابه ما قلنا اشارة الى قوله لانه شهادة فرد **قوله** قال وينبغي
للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسماية اي
قال القدوري في مختصره وذلك لئلا يكون الشاهد معينا للمدعي على الظلم بيانه
انه اذا شهد فلا يخلو اما ان يشهد بالالف او بالخمسماية فان شهد بالالف وقضاء
الخمسماية يثبت الالف لاتفاق الشاهدين عليه ولا يثبت القضاء لتفرد احد الشاهدين
بذلك فيكون في هذه الشهادة اعانة على الظلم لا محالة لان المدعي ادعى تمام الالف
بغير حق وان شهد بالخمسماية لا يقبل شهادته اصلا لاختلاف الشاهدين حينئذ في
لفظ الشهادة فيضيع حق المدعي فاذا كان كذلك ينبغي ان لا يشهد الذي عرف قضاء خمس
ماية حتى يقر المدعي بقبض ذلك حتى لا يكون اعانة على الظلم او ضياع حق المدعي
وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف فشهد احدهما انه قضاها
فالشهادة جايزة على القرض قال الطحاوي في مختصره ومن شهد له
شاهدان على رجل بقرض الف درهم وشهد له احدهما انه قد قضاه اياه قبل
شهادتهما على القرض وقضي له بالمال على المدعى عليه وقد روي عن ابي يوسف
انه قال لا يقبل شهادة الشاهد الذي على القضاء لانه يشهد ان لا شيء للمدعي على
المدعى عليه مما يشهد به الى هنا لفظ الطحاوي رحمه الله وذكر ان قول زفر مثل قول
ابي يوسف وجه قول زفر انه اكذب شاهد القضاء فصار كما لو اقر بفسقه
ووجه الظاهر وهو ظاهر الرواية انهما اتفقا على الالف وتفرد احدهما بالقضاء فيثبت

بما اتفقا عليه دون ما اختلفا عليه وجواب فان شهادتهما بالقضاء غير شهادته
بالالف وتكذيبه في احدى الشهادتين لا يؤثر في الاخرى كما لو شهد له بالف وشهد
عليه بدين فاكذبه فيما شهد به عليه فانه لا يمنع قبول شهادته له ولا يلزم من الاكذاب
التفسيق لجواز ان يكون غلط الشاهد او نسي قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير اذا علم احد الشاهدين بالقضا لا ينبغي له ان يشهد على القرض لانه اذا علم
ان المستقرض قد قضاه فقد علم ان المدعي ادعى بغير حق فلا ينبغي له ان يشهد على دعواه
وهو يعلم انه ادعى بغير حق لان فيه اعانة على الاثم والعدوان **قوله** واذا
شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتل يوم النحر بالكوفة
واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
كذب احديهما بيقين وليست احديهما اولى من الاخرى فلم تقبل الشهادتان
قال القدوري في مختصره فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى
لم تقبل وذلك لان الاولى لم يتيقن بكذبها حين اتصل الحكم بها وكل بينة لم يقطع
بكذبها جاز قبولها فلما قبلها الحاكم وقضى بها ثم حضرت الاخرى لا يلتفت اليها لان الحكم
بها ينافي الحكم بالاولى والاولى قد صحت ظاهرا حيث اتصل الحكم بها ولم يتيقن الكذب فبقيت
كما كانت ونظيره رجل معه ثوبان احدهما نجس فوقع تحريه على احدهما وصلى فيه
ثم وقع تحريه على الاخر لا تجوز الصلاة فيه لان الاول اتصل به حكم فلا ينتقض بتحري
اخر ونقل في الفصول عن شهادات فتاوى القاضي الامام ظهير الدين الشهادة على
عقد يتم بالفعل كالرهن والهبة والصدقة لا يبطلها الاختلاف في الزمان والمكان
الا عند محمد وفي البيع والاجارة والصلح والخلع لا يبطلها الاختلاف في الزمان و
المكان وكذلك لو شهد احدهما على الفعل والاخر على الاقرار به لا يضر وكذلك
القرض ان كان ثابتا بالقبض قال فلو شهد احدهما على اقراره اليوم بالف وشهد
الاخر على اقراره امس بالف جازت شهادتهما ثم قال في الفصول وذكر في
شهادات الفتاوى الصغرى اذا اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في الانشاء او في

او في الاقرار بان شهد احدهما على الانشاء والاخر على الاقرار فان كان هذا الاختلاف في
الفعل حقيقة وحكما يمنع في تصرف فعلي كالجناية والغصب او في قول ملحق بالفعل كالنكاح
لتضمنه فعلا وهو احضار الشهود يمنع قبول الشهادة وان كان الاختلاف في قول
محض كالبيع والطلاق والعتاق او في فعل ملحق بالقول وهو القرض لا يمنع
القبول وان كان لا يتم القرض الا بالفعل وهو التسليم لان ذلك يحول على قول
المقرض اقرضتك فصار كالطلاق والعتاق والبيع واذا شهدا بالرهن واختلفا في
الزمان او المكان وهما يشهدان على معاينة القبض فالشهادة جائزة وكذا الشراء
والصدقة والهبة لان القبض قد يكون غير مرة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب
والمتصدق بالقبض جازت الشهادة ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البايع بالبيع و
اختلفا في الزمان والمكان يقبل شهادتهما وذكر في باب شهادة الزور من المبسوط
لو ادعى الشرا وشهد احدهما على الشرا والاخر على الاقرار بالشرا يقبل لان لفظ الشراء
يصلح للاقرار ويصلح للابتداء فقد اتفقا على امر واحد هذا كله من الفصول
ثم قال فيه وذكر في الفتاوى الصغرى لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت والمكان
فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك يقبل شهادتهما لانهما لم يكلفا حفظ ذلك **قوله**
قال واذا شهد على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وهذه من مسائل الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في شاهدين
شهدا جميعا على انه سرق بقرة واختلفا في لونها قال اجيز الشهادة واقطعه وقال
ابو يوسف ومحمد لا اجيز الشهادة ولا اقطعه ولو شهد احدهما انه سرق بقرة وشهد
الاخر انه سرق ثورا فالشهادة باطلة في قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد رحمه الله ولو شهدا
على الغصب واختلفا في اللون لا يقبل بالاجماع قيل هذا الخلاف في الالوان المتشابهة
كالحمرة مع السواد والاصح ان الخلاف في الكل واحد كذا قال فخر الدين قاضي خان في شرح
الجامع الصغير لهما ان المشهود به اختلف فلم يتم على ما شهد به كل واحد منهما نصاب
الشهادة فلم يقبل كما في الغصب بل اولى لان الاختلاف لما منع قبول الشهادة في المال فلان

تحريه

يمنع في الحد أولى كما لو اختلفا في قدر القيمة وكما لو اختلفا في الذكورة والأنوثة
ولأبي حنيفة رحمه الله أن اختلافهما في اللون اختلاف في أمر زائد لم يكلفا بعمله ألا ترى أنهما
لو سكتا عنه جازت شهادتهما كما لو اختلفا في لون الثوب المسروق ولأن قبول
قول العدول واجب ما أمكن التوفيق والتلفيق وذلك ممكن لأن اللونين المختلفين
قد يجتمعان في حيوان في طرفيه فيرى أحد الشاهدين أحدهما فيه والآخر الطرف
الآخر ولا يستوعب نظر كل واحد منهما طرفي الحيوان لأن السرقة غالبا تقع
خفية بالليالي من بعيد عادة فإذا احتمل هذا وجب القبول كما في الشهود الزنى
إذا شهد اثنان أنه زنى في هذا الجانب من البيت وشهد اثنان أنه زنى في الجانب
الآخر من البيت جازت شهادتهم لإمكان التوفيق فكذلك ههنا بخلاف
الغصب لأنه يقع نهارا جهارا من قريب الشاهد فلا يشتبه عليه لون المغصوب
بخلاف اختلافهما في القيمة لأن الشاهدين ما كلفا ببيان ذلك حتى يعلم أن المسروق
كان نصابا أم لا فصار ذلك اختلافا في نفس الشهادة لا في أمر زائد وبخلاف
اختلافهما في الذكورة والأنوثة لأن التوفيق ليس بممكن لأن اجتماعهما وتشابههما
لا يكون في حيوان واحد عادة ولأن الشاهدين يكلفان ببيان الذكورة والأنوثة
لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما فيهما في نفس الشهادة **قوله** قال
ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة
فالشهادة باطلة أي قال في الجامع الصغير وكان الأنسب للوضع أن يذكر هذه المسألة
بعد قوله وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة
قبلت الشهادة على الألف لأن تلك المسألة في دعوى المال وهذه في دعوى العقد ثم
صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه
قال في الرجل يدعي على الرجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة درهم فينكر البائع
البيع فيقيم عليه شاهدا بألف قال هذا باطل وكذلك المكاتبة إذا ادعاها العبد
وأنكر المولى وكذلك الخلع إذا ادعت المرأة وأنكر الزوج فأما النكاح فإن أبا حنيفة
كان

كان يقول إذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسمائة وشاهد يشهد على ألف
جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفا وخمسمائة فأما يعقوب ومحمد قالا
النكاح باطل أيضا إلى هنا لفظ محمد رحمه الله في فاضل الجامع الصغير وفصل النكاح من
الخواص وهذه ثمان مسائل البيع والإجارة والكتابة والخلع والعتق على مال والصلح
عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحد منها على وجهين إما أن يدعي هذا وينكر
الآخر أو يدعي الآخر وينكر هذا وقد استوفينا بيان جملة ذلك عن شرح الطحاوي
عند قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى ومع هذا نذكر ما يقتضيه
الموضع **أما** البيع إذا ادعى البائع وأنكر المشتري أو ادعى المشتري وأنكر البائع
لا يقبل الشهادة إذا شهد أحدهما على ألف والآخر على ألف وخمسمائة سواء ادعى
الأقل أو الأكثر لأن الاختلاف وقع بين الشاهدين في العقد فكل واحد منهما شهد
على عقد غير ما عليه الآخر فاختلف المشهود به فلم يتم على كل عقد نصاب
الشهادة فلم يقبل الشهادة وإنما قلنا إن الاختلاف وقع في العقد لأن
دعوى البيع أو الشراء قبل التسليم دعوى العقد وهو يختلف باختلاف البدل فإذا
اختلف الشاهدان لم يثبت أحد العقدين **وأما** الإجارة فإن كانت الدعوى
في أول المدة قبل استيفاء المنفعة واختلف الشاهدان لا يقبل الشهادة لأن
المقصود إثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وإن كانت بعد مضي المدة و
استيفاء المنفعة والمدعي هو المؤاجر فهو دعوى المال فإن شهد أحدهما على ألف
والآخر على ألف وخمسمائة والمؤاجر ادعى الزيادة جازت الشهادة على
الألف لأن المدة إذا انقضت يكون المنازعة في وجوب الأجر فصار كرجل ادعى
على رجل دينا فشهد أحدهما على ألف والآخر على ألف وخمسمائة جازت شهادتهما على
الأقل وإن شهد أحدهما على ألف والآخر على ألفين لا يقبل في قول أبي حنيفة وعندهما
يقبل على الأقل فكذلك هنا وإن كان المدعي هو المستأجر فهذا دعوى العقد بالإجماع
وأما الخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال فإن كان الدعوى من العبد والمرأة

والقائل لا يقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان في البدل لان الغرض اثبات العقد
وان كان المدعي هو الزوج او المولى او ولي القصاص جازت الشهادة على الاقل
لانه دعوى المال وذلك لان العتق والعفو والطلاق وقع باعترافه فلا
يبقى الدعوى الا في وجوب المال فصار الكلام فيه كالكلام في الاجارة بعد مضي المدة واما
الكتابة فان ادعى المولى والمكاتب منكر لا يلتفت الى شهادتهما لان الدعوى لا
تفيد لان العبد يتمكن من الفسخ ولان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات
العقد وان ادعى المكاتب فهذا دعوى العقد لا يقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان
في بدل الكتابة كما في البيع والشراء واما النكاح فان كان الزوج يدعي والمراة منكرة
واختلف الشاهدان في المهر لا تقبل الشهادة لان غرض الزوج اثبات العقد لا المال
فكان الاختلاف في المهر اختلافا في العقد فلا تقبل الشهادة وان كانت المراة هي المدعية
فهذا دعوى المال عند ابي حنيفة رح حتى لو ادعت النكاح بالف وخمسماية واختلف
الشاهدان فالنكاح جائز بالف عند ابي حنيفة وعندهما لا يقبل الشهادة ولا يقضى
بالنكاح قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وذكر في الدعوى ان الامالي
قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة وجه قولهما ان المقصود اثبات العقد
والنكاح بالف غير النكاح بالف وخمسماية فوقع الاختلاف اذن في المشهود
به كما في البيع فلا يقبل الشهادة ووجه قول ابي حنيفة رح ان المال تابع في باب
النكاح لان المقصود من النكاح هو ملك البضع والازدواج والمال تابع الا ترى انه
ينعقد النكاح بلا تسمية المهر ويملك النكاح من لا يملك التصرف في المال كالاخ والعم
وقد اتفق الشاهدان على الاصل فهو ملك البضع فيقضى بذلك ولا ينظر الى الاختلاف في التبع
وهو المال لان حكم التبعية ان لا تغير الاصل الا ترى ان العقد لا يفسد بفساد المهر
ولا يبطل بنفيه فلذلك لا يختلف باختلافه فاذا لم يختلف الاصل باختلاف التبع بقي
المهر منفردا فيقضى باقل المقدارين لانهما اتفقا عليه وهو متيقن كما في دعوى المال
بخلاف البيع لان البدل ثمة اصل كالمبيع ولهذا لا يصح بدون ذكر الثمن فكان ذلك دعوى
العقد

العقد واما الرهن فان ادعى الراهن واختلف الشاهدان لا يقبل الشهادة
لانه الشاهدان لا يقبل الشهادة لانه لا حظ له في الرهن لان حفظ الرهن للمرتهن
فكانت الشهادة بلا دعوى فلا يقبل لان الدعوى لم يوجد من المرتهن وان
ادعى المرتهن فشهد احدهما على الف والاخر على الف وخمسماية جازت شهادتهما
على الاقل لان الاختلاف وقع في وجوب الدين والدين يصح بغير رهن فيقضي
بشهادتهما على الاقل كما في الدين **قوله** يقضي بالاقل لاتفاقهما اي يقضي
بالنكاح باقل المقدارين لاتفاق الشاهدين على ذلك **قوله** فيستوي
دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح قيل فيه نظر فينبغي ان يكون الجواب فيه كالجواب
في الدين فان ادعى الاكثر قضي بالاقل والا فلا لان ملك البضع ثابت بلا اختلاف فبقي
دعوى المال منفردا فصار كدعوى الدين وقد صرح محمد في دعوى الاكثر في رواية
الجامع الصغير وقد بيناه قبل هذا **قوله** وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح اي الخلاف
بين ابي حنيفة وصاحبيه في الفصلين جميعا يعني فيما اذا كان مدعي النكاح الرجل
او المراة **ولنا** في قوله وهذا اصح نظر لانهم لم يذكروا الخلاف في شروح الجامع
الصغير وكذلك لم يذكره في شرح الطحاوي فيما اذا كان المدعي هو الزوج بل قالوا
لا يقبل الشهادة لان الاختلاف وقع في العقد وقد مر بيانه **قوله** والوجه
ما ذكرناه اشارة الى ما ذكر من دليل الطرفين عند قوله لهما ان هذا اختلاف في
العقد الى اخر ما ذكره والله اعلم

فصل في الشهادة على الارث

لما ذكر الشهادة التي يتعلق بحال الحياة شرع في الشهادة المتعلقة بحال الممات
لان الموت يتلو الحياة فناسب وضع ما يتعلق بالموت عقيب ذلك **قوله**
قال ومن اقام البينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي في يديه فانه
ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له اي قال في الجامع الصغير وصورتها
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا شهدوا
فقالوا نشهد ان هذا كان في يدي فلان مات وهو في يديه جاز ذلك وان قالوا الرجل

الف

حتى يشهدوا أن هذا كان في يديه منذ شهر أو منذ سنة كان باطلا إلا ما لفظ محمد في
أصل الجامع الصغير وهذا هو ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى هشام بن عبيد الله الرازي
عن أبي يوسف أنه تقبل شهادتهم كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وهذا
الذي ذكره ظاهر على قول أبي يوسف لأنه لا يشترط الجر والانتقال في الميراث لأن
ملك المورث إذا ثبت عند الموت ثبت ملك الوارث وعندهما يشترط الجر و
الانتقال في الميراث لأن ملك الوارث ملك متجدد بدليل أن ما كان صدقة على
المورث يحل للوارث وإن كان غنيا فلما كان ملكه متجددا فلا بد من إثبات الملك له
ابتداء وذلك بالجر والانتقال بأن يقول الشهود نشهد أنه مات وترك هذا
الشيء ميراثا لهذا ولكن لما أثبت الشهود يد المورث عند الموت بأن شهدوا على أنه
مات وهذا الشيء في يديه أثبتوا الملك له عند الموت لأن اليد حينئذ تصير يد ملك
بالضمان لأن الأمانة مضمونة عند الموت بالتجهيل فلو شهدوا على الملك عند الموت جاز و
أغنى عن الجر والانتقال لأن الملك عند الموت سبب التوريث فكذا إذا شهدوا على
اليد عند الموت فصار كأنهم شهدوا على أنه مات وتركه ميراثا ويد المستعير والمودع
كيد المعير والمودع لأنهما نائبان عنهما بخلاف ما إذا شهدوا أن هذا الشيء كان في يد هذا
المدعي منذ شهر حيث لا تقبل شهادتهم في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن أبي
يوسف وجه قوله أن اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أن هذا الشيء كان
ملكه بالأمس تقبل فكذا إذا شهدوا أنه كان في يده بالأمس وذلك لأن هذا الشيء
متى ثبت أنه كان في يديه ثبت أن يد المدعى عليه حادثة فيؤمر بالإعادة إليه كما
لو أقر المدعى عليه بكون الشيء في يد المدعي وكما لو شهدوا أنه كان في يد فلان يوم مات
أو شهدوا بالأخذ من المدعي ووجه الظاهر أن يد المدعي زائلة للحال فلا يؤمر
بالإعادة إليه إلا عند التيقن بكون الشيء حقا له ولم يتيقن بذلك لأن الأيدي مختلفة
في ملك وفي عارية وفي وديعة وفي غصب وغير ذلك وحكمها مختلف بعضها
يوجب الإعادة وبعضها لا فإذا كانت الأيدي مختلفة كانت الشهادة على اليد شهادة

شهادة على

على المجهول فلم يجب الإعادة إلى يد المدعي بالشك بخلاف الشهادة على اليد عند الموت
لأنها شهادة على المعلوم لأن اليد عند الموت تصير واحدة لأنها تصير يد ملك بواسطة
الخلط والتجهيل وبخلاف ما إذا أقر المدعى عليه بأن اليد كانت للمدعي إذ الإقرار بالشيء
المجهول صحيح بخلاف الشهادة بالمجهول وبخلاف ما إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه
أنه أخذ من المدعي لأن الأخذ موجب للرد شرعا لقوله عليه السلام على اليد
ما أخذت حتى ترد أو نقول إن يد صاحب اليد ثابتة وقد شهدوا للمدعي
بالخبر وليس الخبر كالمعاينة فلا يجوز نقض اليد التي ثبتت بالمعاينة بما ثبت بالخبر
وقد شهدوا على المجهول كما ذكر وذكر في الشامل في قسم المبسوط في باب الدعوى
في باب الميراث من كتاب الدعوى لقبول الشهادة على الإرث شرائط **منها**
أن يشهدوا أنه كان لمورثه حتى لو قالوا إنه لمورثه لا يقبل لأن المورث إن كان حيا
فالمدعي ليس بخصم وإن كان ميتا فإثبات الملك للميت محال **ومنها** أن
يدركوا الميت لأن الشهادة على الملك بالتسامع لا يصح **ومنها** أن يبينوا وجه
الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركه ميراثا لا يقبل ما لم يقولوا أخوه
لأبيه أو لأمه أو لهما لأن الإرث يختلف باختلاف الجهات **ومنها** أن يجروا
الملك إليه حتى لو قالوا كان لأبيه ولم يقولوا مات وتركه ميراثا أو قالوا كان
لجده ولم يقولوا مات وتركه ميراثا لأبيه ثم أبوه مات فتركه ميراثا لا
يقبل وعند أبي يوسف آخرا ليس بشرط أن يقولوا مات وتركه ميراثا غير أنه يسئل
البينة عن عدد الورثة للقضاء لأبي يوسف أجمعنا لو أقام البينة أن المدعى
عليه أقر بأنه كان لأبيه نقضي له وإن لم يقولوا مات وتركه ميراثا كذلك
هٰهنا لأنه لا يصير خصما مع المدعى عليه إلا بجر الملك والشهادة لا حكم لها إلا على
خصم بخلاف مسألة الإقرار لأنه يثبت الحكم بنفسه فيصير خصما بدون الجر
فإن شهدوا أنه كان لأبيه تركه ميراثا ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فإن
كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضى لأنه يحتمل أنه لا استحقاق له وإن

كان ممن يرث على كل حال يحتاط وينظر القاضي ثم يقضي بكله له اما النظر فاحتياط
واما الدفع فلان سبب الاستحقاق ظهر ولا مزاحم وفي الزوج والزوجة يقضي
باقل النصيبين الربع والثمن عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وهو رواية
عن ابي حنيفة باكثرهما لان الاصل الكمال والنقصان عارض وابو يوسف يقول الاقل
يقين والاكثر مشكوك فلا يصار اليه وليس الاصل ان لا يكون له وارث ويأخذ القاضي
كفيلا مما يدفع عندهما احتياطا وعند ابي حنيفة لا يأخذ قال ارأيت لو لم يجد
كفيلا الا ادفع اليه حقه فان قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع يكفي عند ابي
حنيفة وعندهما لا يكفي لانه لا يتبين ان لا وارث بموضع اخر ولابي حنيفة ما
روي ان النبي صلى الله عليه قال للشاهدين على الارث هل تعلمون له وارثا غيره فلم
ولان الشهود يقفون على ما عندهما لا غير فلا يؤخذ عليهم غيره في هذا اللفظ
الشامل وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير فالحاصل عند ابي
حنيفة ومحمد لا يقضي للوارث ما لم يشهدوا على الانتقال نصا او على الملك عند الموت او على
ما يقوم مقام الملك وهو اليد عند الموت **قوله** وكذا اذا على قيام يده اي يكتفي
بالشهادة على قيام يده عند الموت **قوله** على ما نذكره اشارة الى ما ذكره بقوله
لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك **قوله** وان شهدوا انها كانت في
يد فلان اي في يد ابيه وبه صرح الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير حيث
قال وان شهدوا انها كانت في يد ابيه مات وهي في يديه جازت الشهادة لانهم
لما شهدوا باليد له وقت الموت فقد شهدوا بالملك له وقت الموت لان يده لا تخلو اما
ان تكون يد ملك او يد غصب او يد امانة فان كانت يد ملك فلا شك وان كانت يد
غصب تصير يد ملك بالضمان وان كانت يد امانة تصير يد غصب بالتجهيل
فتصير يد ملك ولانهم شهدوا بالملك له وقت الموت فيثبت النقل الى الورثة
بالضرورة وروي الحسن انها لا تقبل لانهم شهدوا بيد منقضية والاصح انها
تقبل لما مر من الجواب **قوله** وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي
منذ

منذ شهرين تقبل واراد بالمدعي الرجل الحي المذكور وانما قيد بالحي لانهم
اذا شهدوا للميت وقالوا انها كانت في يده وقت الموت تقبل اتفاقا
قوله وان اقر بذلك المدعى عليه اي اقر بان الدار كانت في يد المدعي
وبيانه مر قبل هذا لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وانما يجب عليه
بيان ذلك كما اذا اقر ان لفلان عليه شيئا يجب عليه بيانه **قوله** وهو معلوم
اي المشهود به وهو الاقرار معلوم والمجهول هو المقر به والجهالة فيه ليست
بمانعة لصحة الاقرار والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من شهادة الاصل شرع في شهادة الفرع لان الفرع عن الاصل هو اخر
وجودا فاخره وضعا للتناسب **قوله** قال الشهادة على الشهادة جائزة
في كل حق لا يسقط بالشبهة اي قال القدوري في مختصره واراد بكل حق لا يسقط
بالشبهة غير الحدود والقصاص وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان
لا تجوز كذا في شرح الاقطع **وجه القياس** ان الشهادة عبادة تجب
اداؤها على شاهد الاصل فلا تجوز ان يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم
وسائر العبادات **ووجه الاستحسان** ان شاهد الاصل قد يعجز
عن اداء امانة الشهادة بنفسه لعذر الغيبة او المرض او الموت فلو لم تجز الشهادة
على الشهادة لتويت حقوق الناس الا ان في الشهادة على الشهادة شبهة
من حيث انها بدل لانها قائمة مقام شهادة الاصل والابدال لا مدخل لها
في الحدود والقصاص فلم تقبل الشهادة على الشهادة فيها كشهادة الرجل
مع النساء وعلى ذلك اشارات الاسرار وبان التهمة في شهادة الفروع ثابتة
وكذا في شهادة الاصول فكانت التهمة من وجهين وقد امكن الاحتراز عن
هذه الزيادة في الجملة فلم يقبل هذه الشهادة فيما لا يثبت مع الشبهات
كالحدود والقصاص وهذا مذهبنا وقال الشافعي يقبل في القصاص وحد القذف

في بقية الحدود له قوله لانه في شرح الاقطع احتج بانه حق لآدمي كساير الحقوق
وجوابه ما قلنا وقال الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه خمسة اشياء لا يقبل فيها
الشهادة على الشهادة كتاب القاضي الى القاضي وحد الزنى والسرقة والقصاص و
القذف وحد الشرب الخمر وقال في اول كتاب الكفالة من الاجناس قال محمد ابن
الحسن في نوادر ابن رستم تجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة **قوله** ويجوز
شهادة شاهدين على شهادة شاهدين هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع و
القياس ان يكون شهود الفرع اربعة على كل واحد من شاهدي الاصل اثنان و
قال مالك وتجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والحقوق كلها وذلك ان
يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعا على شهادة رجل واحد من
الشاهدين الاولين ولا يصح ان يشهد كل واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين
الاولين والشهادة على الشهادة في الزنى جايزة وذلك ان يشهد اربعة على
شهادة كل واحد من شهود الاصل الاربعة الى هنا لفظ كتاب التفريع لاصحاب
مالك وقال الشافعي لا يشهد على كل شاهد شاهدان فان شهد على شهادتهما جميعا جاز
على اقيس القولين كذا ذكر في وجيزهم وعند احمد بن حنبل اذا شهد كل واحد
من شهود الفرع على واحد من شهود الاصل جاز وقال بعض اصحابه لا يثبت
حتى يشهد اربعة كل اثنين من شهود الفرع على واحد من شهود الاصل
كذا في كتابهم المنتهى بالمستوعب وجه من قال بجواز شهادة واحد على
واحد ظاهر لان كل واحد من الفرعين قائم مقام اصل فلو شهد الاصلان جاز
فكذا اذا الفرعان **ووجه** اشتراط الاربعة في الفروع ان كل فرعين
قايمان مقام اصل واحد فلو شهد واحد من الاصلين على شهادة نفسه وشهد
مع هذا على شهادة غيره لا تجوز اذا شهد الفرعان على شهادة آخر لا يجوز **ولنا**
ما روى اصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه انه قال لا يجوز على شهادة رجل
الا شهادة رجلين وجه الاستدلال بذلك ان عليا رضي الله عنه

شاهدين ع

شهدع

جوز

جوز شهادة الرجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهما على شهادة رجل آخر
ولم يشترط ان يكون بازاء كل اصل فرعان على حدة فدل ذلك على جواز شهادة
الفرعين جميعا على شهادة الاصلين ولم يرو عن غير علي خلافه فحل محل
الاجماع ولان المشهود به في حق الفروع شهادة الاصول فقامت على
شهادة كل اصل شهادة رجلين ولهذا اعتبر لكل اصل فرعان فقبول الشهادة
في شيء لا يمنع قبولها في موضع كما اذا شهد الاثنان بحق ثم شهدا بحق آخر الا ترى
انهما لو شهدا على اقرار رجلين جازت لان الاستحقاق يتعلق بشهادة شهود
الاصل وكل قول يتعلق به الاستحقاق تجوز ان ينقل الى القاضي باثنين اصله
الاقرار بخلاف ما اذا شهد شاهد الاصل على شهادة نفسه ثم على شهادة غيره حيث
لا تجوز لئلا يجتمع البدل والمبدل ومثل ذلك لا يوجد في مسئلتنا **قوله** و
لا يقبل شهادة واحد على واحد وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال
ابن ابي ليلى واحمد والاوزاعي تجوز كذا في شرح الاقطع **ولنا** ما روينا من
حديث علي آنفا وهو المراد بقوله في المتن لما روينا ولانه نقل قول الغير الى
القاضي فلا يصح نقل واحد كما في الاقرار وقال في قسم المبسوط من الشامل لا
يجوز على شهادة رجل اقل من شهادة رجلين او رجل وامراتين لان شهادة
حق فلا يثبت الا بما هو حجة **قوله** وهو حجة على مالك اي حديث علي حجة
عليه في تجويزه شهادة واحد على واحد **ولنا** في هذا النقل عن مالك نظر
لانه لا يجوز شهادة واحد على واحد وهو المشهور عنه وقد مر بيان مذهبه آنفا
قوله وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان لم يقل واشهدني على نفسه جاز وانما قيد بقوله اشهد
على شهادتي لان الشهادة على شهادة الغير لا يجوز بدون الاشهاد لانها ليست
بموجبة بنفسها وانما تصير موجبة بنقل شهادة الاصل الى مجلس القضاء

فلا بد من الاشهاد والتحميل وقد مر بيانه في اوايل الفصل الثاني من كتاب الشهادات
واليه اشار في المتن بقوله على ما مر وهذا بخلاف ما ثبت حكمه بنفسه كالاقرار و
البيع والغصب وحكم القاضي حيث لا يحتاج فيه الى الاشهاد وانما قال على شهادتي لانها
هي المعنى الذي يقع عليه شهادة الفرع وانما قال اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي
لانه لا بد للاصل ان يشهد عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي حتى ينقل الفرع شهادة
الاصل الى مجلس القاضي بعينها واما قوله واشهدني على نفسه فذكره تاكيد
للشهادة بامر المشهود عليه وان لم يقل ذلك جاز لان الشاهد الاصل ان يشهد وان لم
يستشهد لان ما ثبت حكمه بنفسه يجوز للشاهد ان يشهد فيه بدون الاشهاد قوله
لان الفرع كالنايب عنه ولا شك ان الفرع قايم مقام الاصل نايب عنه وكان
ينبغي ان يقول نايب فقيل في تاويل قوله كالنايب عنه لان للقاضي ان يقضي
بشهادة اصل واحد ومن عين عن اصل اخر ولو كان الفرع نايبا حقيقة لما
جاز الجمع بين الاصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم قوله وان
لم يقل له اشهد اي وان لم يقل المقر للشاهد اصالة اشهد على اقراري وقال الحاكم في
الجليل والتحميل اشهد واشهدك على شهادتي بكذا وهذا قريب من الاول قوله
قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان
فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك اي قال القدوري في مختصره وقال
الحاكم يقول عند الاداء اشهد ان فلانا شهد عندي واشهدني على شهادته انه شهد
بكذا وذكر الخصاف انه يكون لفظ الشهادة في ثمان مواضع فيقول اشهد ان فلانا اشهدني
على شهادته انه يشهد ان فلان ابن فلان اقر عنده واشهد على نفسه ان لفلان ابن فلان هذا
عليه الف درهم وقال لي اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي
لفلان بكذا قال الشيخ ابو نصر البغدادي ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث
لفظات وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وما
ذكره صاحب الكتاب اولى واحوط واولى لان قوله اشهد لا بد منه وهو لفظ شهادة
وهو التحميل

وهو لفظ شهادته ثم يخبر بعد ذلك بصفة ما يقع عليه شهادته وهو التحميل الثاني
قوله وقال لي اشهد على شهادتي هو شرط عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف ان لم يقل ذلك جاز وجه قولهما انه اذا لم يقل وقال
لي اشهد على شهادتي احتمل ان يكون امره ان يشهد بمثل شهادته وذلك كذب
ويحتمل انه امره على وجه التحميل فلا تجوز اثباته تحميلا بالشك ووجه
قول ابي يوسف ان امر الشاهد محمول على الصحة ما امكن وانه لا يكذب وليس
ذلك الا ان يحمل على انه اراد التحميل فيصح كذا في شرح الاقطع قوله واطول
من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها اي لشهادة الفرع عند الاداء لفظ
اطول من الذي ذكره القدوري وهو كما قال الخصاف ولفظ اقصر منه كما ذكر الشيخ
ابو نصر وخير الامور اوساطها يعني ان ما ذكره القدوري في مختصره احسن
انه وسط وذكر الجصاص انه يكفي ثلاث شينات في الاشهاد وست في الاداء
وهو ان يقول في الاشهاد اشهد ان فلانا اقر عندي لفلان بكذا فاشهد على شهادتي
ان لفلان على فلان كذا ويقول في الاداء اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان
على فلان كذا واشهدني على شهادته فانا اشهد على شهادته ان لفلان
على فلان كذا وهذا معنى ما قال في نظم الجامع ويوفي بشينات ثلاث لحملها و
بالست في حال الاداء مرددا قال الشيخ ابو القاسم الصفار يقول في
الاشهاد اشهد عندكم بكذا واشهدكم على شهادتي بذلك وامركم ان تشهد
بذلك ويقول في الاداء اشهد ان فلانا شهد عندي بكذا واشهدني
على شهادته بذلك وامرني ان اشهد على شهادته بذلك فانا اشهد على شهادته
بذلك وقال الفقيه ابو جعفر اذا قال في الاداء اشهد على شهادة فلان
بكذا يكفي ولا يحتاج الى الزيادة ذكره الفقيه ابو الليث في النوازل في اول باب
الشهادات وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر عن ابي نصر محمد
ابن سلام انه كان يقول الشاهد على الشهادة اذا اراد ان يشهد عند الحاكم

ينبغي أن يقول أشهد أن فلانا شهد بكذا وكذا وأشهدني على شهادته بذلك وإن قال أشهد
أني أشهد على إقرار فلان بن فلان بكذا وكذا فإن أبا حنيفة قال لا أقبل ذلك وقال أبو يوسف
في الأمالي هو جائز لأن معناه في العرف أشهد على شهادتي فجاز أن نكتفي به وجه
المشهور أن الشهادة تحميل ولم يوجد فلا تجوز ولأنه أمره أن يشهد بأن شاهد الأصل شهد
وجواب قوله أنا لا نريد في اللفظ ما ليس منه كذا ذكر الناصحي في تهذيب أدب
القاضي وقال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب أن يذكروا أسماء
الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا للقاضي نشهد أن رجلين نعرفهما
أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا للقاضي لا نسميهما لك أو قالا لا نعرف
أسماءهما لم يقبل حتى يسميا لأنهما تحملا المجازفة لا عن معرفة **قوله** فمن قال أشهدني
فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول أشهدني على شهادتي وهذه
من مسائل الجامع الصغير وذلك لأن الفرع نائب عن الأصل في الشهادة والنيابة
لا بد لها من الإنابة ولا يكون الإنابة إلا بالتوكيل والتحميل ولم يوجد و
لا بد إذن أن يقول أشهدني فلان أنا أقر لفلان بكذا فاشهد على شهادتي وهذا عند
محمد ظاهر لأن أصل محمد أن القضاء مضاف إلى شهادة الأصول والفروع
لأنهم إذا رجعوا جميعا فالمشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء
ضمن الفروع عند محمد كما سيجيء بيانه في أواخر كتاب الرجوع عن الشهادة و
إذا كان القضاء مضافا إلى شهادة الأصول والفروع لم يكن بد من النقل ولا بد للنقل
من التحميل وهذا معنى اشتراكهم في الضمان لا أن معناه أن نصف الضمان على الأصول
ونصفه على الفروع **وأما** عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وإن كان القضاء
مضافا إلى الفروع حتى وجب الضمان على الفروع خاصة عند رجوع الأصول
والفروع جميعا فلا بد من التحميل أيضا لأنهم إنما ضمنوا بالنقل لأن شهادة
الأصول لم تكن حجة قبل النقل وإنما صارت حجة بنقل الفروع ذلك إلى مجلس
القاضي فإذا كان كذلك لا نقل لشهادة الأصول لم يكن للفروع أن ينقلوا شهادتهم
بدون

بدون تحميلهم ولو قال الرجل أشهد على شهادتي فسمعه آخر لم يشهد على شهادته
لأن التحميل شرط بخلاف القاضي إذا أشهد قوما على قضيته وسمع آخرون
وسع للسامعين أن يشهدوا لأن قضاءه حجة بمنزلة الإقرار والبيع وغير
ذلك فصحت الشهادة عليه بالمعاينة من غير تحميل **قوله** فيشهد بالنصب
جواب النفي وهو قوله لا بد ويجوز أن يقال إنه عطف على قوله ليصير **قوله**
قال ولا يقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة
ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم أي قال
القدوري في مختصره وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة رضي الله عنه في شاهدين شهدا على شهادة الرجل قال لا يجوز إلا أن
يكون المشهود على شهادته مريضا بالمصر لا يستطيع إتيان القاضي أو يكون على
مسيرة ثلاثة أيام ولياليهن وذلك لأن جواز الشهادة للحاجة وإنما
تتحقق الحاجة عند العجز عن شهادة الأصول وإنما قلنا إن جوازها للحاجة
لأن القياس أن لا تجوز لزيادة تهمة ومتى تهمة عدم الإشهاد من الأصول
ويمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود لكثرتهم وهذه الأشياء يثبت بها العجز
فتمس الحاجة إلى جوازها فجوزت لأن تكليف المريض بالحضور إلى مجلس
القاضي باطل دفعا للحرج وقدر الغيبة بمدة السفر لأن المديد معتبر في إثبات
العجز والقصير ليس بمعتبر ففصل بينهما بمدة السفر لأن ما دون السفر في حكم
المصر والأصل هنا قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ولا يأب
الشهداء إذا ما دعوا بيانه أن أداء الشهادة على شاهد الأصل واجب
بموجب النص حتى إذا امتنع عنه كان فاسقا فلا يجوز الشهادة على الشهادة إلا
إذا كان غائبا بالمدة أو مريضا فحينئذ يكون معذورا في التخلف لعجزه عن الحضور
كما إذا كان ميتا فيجوز الشهادة على الشهادة وقال الفقيه أبو الليث في شرح
الجامع الصغير وذكر أبو يوسف في الأمالي إذا كان في موضع لو جاء إلى الحاكم لا يمكنه

أن يرجع في يومه ذلك إلى أهله فهو معذور في التخلف وقال الفقيه وبهذا القول
نأخذ لأنه يلحقه المشقة في الحضور فصار حكمه حكم المريض والمسافر وأما
إذا كان دون ذلك فتلك مشقة قليلة فلا يعتبر تلك المشقة وقال فخر الإسلام
وقول أبي يوسف حسن وقال في شرح الأقطع وقال أبو يوسف ومحمد يقبل
وإن كانوا في المصر أي يقبل الشهادة على الشهادة وإن كان شهود الأصل في المصر
لأنهم ينقلون قولهم فصار كنقل إقرارهم ونقل في الفتاوى الصغرى عن آخر
شهادات المنتقى قال محمد رحمه الله أقبل الشهادة على الشهادة والمشهود
على شهادته في المصر غير مريض ولا علة **قوله** حتى أدير عليها عدة من
الأحكام أي على مدة السفر أدير الأحكام كقصر الصلاة وفطر المسافر
وامتداد المسح إلى ثلاثة أيام وعدم وجوب تكبير التشريق على قول أبي حنيفة
وعدم وجوب الأضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج **قوله**
الأول أحسن لأن المعتبر بعد المسافة ومدة السفر بعيدة **قوله** فإن عدل شهود الأصل
شهود الفرع جاز هذا لفظ القدوري في مختصره قال في الفتاوى الصغرى وإذا شهدا
على شهادة شاهدين وصححا الشهادة فينبغي للقاضي أن يسألهما عن عدالة الذي شهدا على
شهادته لم يذكر محمد في المبسوط سؤال القاضي إياهما عن عدالة الأصول وإنما عرف
هذا من الخصاف فإن قالا هو عدل ثبتت عدالة الأصل إن كانت عدالة الفروع ثابتة
وإن لم يكن عدالة الفروع معلومة يسأل عنها القاضي فإن ثبتت عدالتهما ثبتت عدالة
الأصول أيضا إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب
القاضي وروي عن محمد أن تعديلهما لا يكون صحيحا لأن الفرع نائب عن الأصل
فتعديله الأصل يكون بمنزلة تعديل الأصل نفسه ووجه ظاهر الرواية أن الفرع
نائب عن الأصل في نقل عبارته إلى مجلس القاضي فإذا نقل عبارته إلى مجلس القاضي فقد
انتهى حكم النيابة وهو بمنزلة سائر الأجانب فكما أن التعديل من سائر الأجانب
يكون صحيحا فكذلك التعديل من الفروع ينبغي أن يكون صحيحا وذكرنا في

شرح

شرح الأقطع سؤالا وجوابا فقال فإن قيل شهادة نفسه لا تصح إلا بتعديله
فكان متهما فيه قيل له ما أوجب تصحيح شهادته لا يوجب التهمة ألا ترى
أن ذلك موجود في تزكية نفسه ووجود في صلاحه وعدالته فيجب على قولك
أن لا تقبل شهادته وكذلك لو شهد رجلان عند القاضي بحق فعدل أحدهما
صاحبه جاز وإن كان في ذلك تصحيح شهادته كذلك هذا **قوله** وإن سكتوا عن
تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم هذا لفظ القدوري في مختصره أي إن سكت
شهود الفرع عن تعديل شهود الأصل جاز شهادة الفروع ونظر القاضي في حال
شهود الأصل يعني يسأل القاضي عن عدالة شهود الأصل غير شهود الفرع قال في
شرح الأقطع هذا الذي ذكره قول أبي يوسف وقال محمد لا يقبل الشهادة إذا
لم يعدلاه ووجه قول أبي يوسف أن شهود الفرع يلزمهم النقل ولا يلزمهم التعديل
لأن ذلك قد يخفى عليهم فوجب أن يرجع في ذلك إلى القاضي كما يرجع إليه في تعديل
شهود الفرع ولأنهم نقلوا قولهم فكأنهم حضروا وشهدوا فيسأل القاضي عنهم
ووجه قول محمد أن نقلهم الشهادة يحتاج إلى أن يعلموا أنها شهادة وذلك
لا يكون إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوا ذلك لم يصح كما لو شهدوا على من لا يعرفون
عقله وهذا ذكر الخلاف أبو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب أدب القاضي
للخصاف وإليه ذهب صاحب الهداية وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب
القاضي خلاف محمد على خلاف هذا فقال وإن قال الفروع لا نخبرك بشيء لم يقبل
شهادتهما على شهادته في ظاهر الرواية لأن هذا يكون جرحا في شهادة الأصول
ألا ترى أن الفروع لو قال نتهمه في هذه الشهادة لا يكون شهادته حجة فكذلك
إذا قال لا نخبرك بشيء يكون جرحا ثم قال وروي عن محمد أنه قال لا يكون جرحا
فإن هذا يحتمل أن يكون جرحا في الشهادة ويحتمل أن يكون توقيفا في حالها فلا يثبت
الجرح بالشك وقال في الفتاوى الصغرى وذكر شمس الأئمة الحلواني أن القاضي
يقبل شهادتهما ويسأل عن الأصل وهو الصحيح لأن الأصل بقي مستورا **قوله** المأخوذ

عليهم اي الواجب على الفروع **قوله** وان انكر شهود الاصل الشهادة لم يقبل شهادة
شهود الفرع هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان شرط صحة الشهادة على
الشهادة التحميل فاذا انكر شهود الاصل شهادتهم لا يوجد التحميل فلا يصح شهادة
الفروع لعدم الشرط ومعنى التعارض المذكور في المتن بين خبري الاصول والفروع
ان الاصول انكروا التحميل والفروع اثبتوه وشرط صحة الشهادة على الشهادة
التحميل فاذا انكر الاصول التحميل ينتفي الشرط فلا يصح شهادتهم بعد ذلك
قوله واذا شهد شاهدان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية
وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي
هات شاهدين انها فلانة وهذه من مسائل الجامع الصغير اي قال الفرعان اخبرنا
الاصلان ان الاصلين يعرفان فلانة وقوله فجاء بامراة بتوحيد الفعل اي فجاء
المدعي بامراة وفي بعض النسخ فجاءا بلفظ التثنية اي جاء الفرعان بامراة وقالا لا ندري
اهي هذه ام لا اي قال الفرعان لا ندري ان المعروفة بالنسبة هي هذه الحاضرة
ام لا صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجلين يشهدان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم
فيقولان قد اخبرانا انهما يعرفانها وجاءا بامراة فيقولان لا ندري هذه هي ام لا
قال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة الفلانية بعينها فاجيز
الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين قال ابو حنيفة
ان قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها الادنى انتهى لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير وذلك لان الفرعين شهدا على شهادة الاصول على فلانة
بنت فلان من غير ان يعرفها الفرعان بعينها فيجب التوقف الى ان ياتي المدعي
بشاهدين يشهدان ان الحاضرة هي المعروفة بالنسبة اذ يحتمل ان تكون هي
غير المعروفة قال العتابي وغيره نظيره اذا ادعى رجل على رجل محدودا في
يديه وشهد له شهود ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملك هذا المدعي في يد المدعا
عليه

عليه بغير حق فقال المدعا عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي
ذكرها الشهود فيقال للمدعي هات شاهدين ان الذي في يديه محدود
بهذه الحدود وقال قاضي خان هذا كرجلين يشهدان ان فلانا اشترى
دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات
شاهدين ان هذه الارض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعا عليه
ليصح القضاء وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين يعني ان
القاضي الكاتب يكتب في كتابه الى القاضي الاخر ان شاهدين عدلين شهدا
عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية كذا من
الدراهم فاقض عليها انت بذلك فاحضر المدعي فلانة مجلس القاضي المكتوب
اليه ودفع الكتاب اليه ويقول القاضي المكتوب اليه للمدعي هات
شاهدين ان التي احضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذه
الكتاب ليمكن الاشارة اليها في القضاء عليها لانضباط معنى الشهادة وان
قالوا في هذين البابين اعني في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى
القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها
فسر صاحب الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسر العتابي الاب
الاعلى الذي ينسب ابوها اليه وذلك لان بني تميم قوم لا يحصون فلا يحصل التعريف
بذلك ما لم ينسبوا الى القبيلة الخاصة قال الفقيه ابو الليث كما انهما لو شهدا على
فلانة البلخية لا يقع بهذا التعريف ما لم ينسباها الى محلتها وسكتها فكذلك هنا **قوله**
وشهدا على المشتري اي على شراء المشتري وهو بكسر الراء كذا السماع **قوله** الا ان
القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل هذا جواب سوال وهو ان يقال
ان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لان القاضي الكاتب
ينقل شهادة شاهدين الى القاضي المكتوب اليه وفي الشهادة على الشهادة يشترط
الاثنان فينبغي ان يكون القاضي الكاتب اثنين ايضا فقال انما جاز كتاب القاضي الواحد

لكمال ديانته ووفور ولايته لان ولايته عامة وليس لغيره هذه الولاية **قوله** ثم التعريف
وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات
فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى يعني ان الفخذ الاعلى
في القبيلة الخاصة فكان ذكرها في التعريف بمنزلة الجد الادنى وبعد الاب وقال في الجمهرة
الفخذ من العرب دون القبيلة وفوق البطن بتسكين الخاء والجمع افخاذ وكذلك اثبت
صاحب المجمل ايضا واثبت صاحب ديوان الادب خلاف هذا فقال في باب فعل بفتح
الفا وكسر العين **الفخذ من العشاير** اقل من البطن وقال صاحب التفسير في سورة الحجرات
قال الزبير ابن بكار العرب على ست **طبقات** شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ
وفصيلة فالشعب تجمع القبايل والقبيلة تجمع العماير والعماير تجمع البطون والبطن
تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصايل فمضر شعب وربيعة شعب ومذحج شعب وحمير شعب
وسميت شعوبا لان القبايل انشعبت منها **وكنانة** قبيلة وقريش عمارة وقصي
بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وكذلك ذكر صاحب الكشاف ايضا وقال الاستروشني
في الفصل العاشر من فصوله ورايت في موضع نقله ولو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه و
صناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلثة اشيا فعلى هذا لو ذكر لقبه و
اسمه واسم ابيه هل يكفي فيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد
اختلاف فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مختلف فيه كذا رايت في بعض
الشروط ونقل عن فتاوى قاضي خان ان حصل التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج
الى ذكر الجد وان كان لا تحصل بذكر الاب والجد لا يكتفى بذلك **فصل**
ذكر شهادة الزور بعد شهادة الصدق لان الاصل في الشهادة هو الصدق ولكن ذكرها
في فصل على حدة لان لها احكاما مخصوصة **قوله** قال ابو حنيفة شاهد الزور
اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه هذا لفظ القدوري في
مختصره وقول الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع قال في شرح الطحاوي تعزيره
تشهيره يبعث الى سوقه ان كان سوقيا او الى محلته ان كان من غير اهل السوق ويقول
ان

ان القاضي يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس
عنه ولا يضرب وعندهما يعزر بالضرب ولا يسود وجهه ولا يطاف في الاسواق
بالاجماع في هذا اللفظ شرح الطحاوي لكن قال في شرح الجامع الصغير العتابي
التشهير ان يطاف في البلد وينادى في كل محلة ان هذا شهد بالزور فلا تشهدوه
وجه قولهما ما روي ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا و
سخم وجهه ولان شهادة الزور كبيرة يلحق ضررها بالناس ولم يرد فيها حد
مقدر فوجب التعزير وانما قلنا انها كبيرة لان الله تعالى قرنها بعبادة الاوثان
حيث قال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور ولما روى البخاري
باسناده الى عبد الرحمن ابن ابي بكرة عن ابيه قال قال النبي صلى الله عليه الا
انبئكم باكبر الكباير قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين
وكان متكيا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت
ذكره البخاري في كتاب الادب من الصحيح وجه قول ابي حنيفة ما روي عن
شريح القاضي رضي الله عنه انه كان اذا اخذ شاهد زور بعث الى سوقه ان كان
سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا
يقريكم السلام ويقول انا وجدنا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وكانت
قضايا شريح بمحضر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه ولم ينكر عليه احد فوجب
اتباعه وقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن ابي حصين
قال كان شريح يبعث شاهد الزور الى مسجد قومه او الى سوقه فيقول
انا قد زيفنا هذا ولان التعزير للزجر والضرب يصلح زاجرا من وجه ولا يصلح
زاجرا من وجه لان الناس صنفان صنف منهم على قصد مباشرة الكبيرة وصنف
منهم قد باشرها والضرب يصلح زاجرا في حق من لم يباشر ولا يصلح في حق
من باشر لان الضرب يصده عن الرجوع لانه اذا علم انه اذا رجع يضرب تمتنع
عن الرجوع فيتلف به اموال الناس فلم يكن بد من التعزير نظرا الى القسم الاول

وهو الذي علم بيا شره وجب التخفيف نظرا الى القسم الثاني وهو الذي باشر
فاكتفى بالتشهير وكان كافيا في دفع شره ولان الانسان قد يحترز عن تشهير كذبه
اكثر مما يحترز عن الضرب خصوصا اذا كان معروفا بين الناس فانه يرضى بالضرب
في خفية ولا يرضى بالتشهير على الملا فكان التشهير اولى لان المقصود دفع الضرر
عن الناس بشهادته الباطلة وقد حصل وما احتجا به من حديث عمر فذلك
محمول على السياسة لا على التعزير لانه لو كان بسبيل التعزير لم يبلغ الاربعين
لبلوغه حد ابي غير حق والتسخيم يدل على ما قلنا ايضا لانه مثله وهي منسوخة
بالاجماع قال في شرح الاقطع ومن اصحابنا من قال لا خلاف بينهم في هذه
المسئلة الا ان ابا حنيفة اجاب في الشاهد اذا جاء تائبا فانه لا يستحق
التعزير لان المقصود منه الزجر وقد انزجر حين تاب وهما اجابا في الذي
لم يتب وذلك يستحق التعزير لانه اتى منكرا اليسير فيه حتى يعتد ذلك من اصحابنا
من قال قول ابي حنيفة لا يعزر لان اشهاره في سوقه تعزير بل هو اشد من الضرب
في بعض الناس الى هنا لفظ شرح الاقطع قال الشيخ ابو بكر الرازي في شرحه لادب
القاضي ومذهب ابي حنيفة في هذا انه لا يعزر ولكن يعرف للناس ويشهر وينادى
عليه في قبيلته او في سوقه ويحذر الناس منه قال ابو بكر وهذا اذا كان قد تاب
فاما اذا لم يكن قد تاب ويقول انا شهدت بالزور وانا على ذلك فان هذا ينبغي
ان يعزر لان ابي حنيفة ان قوله شهدت بالزور توبة وندم على ما فعل اذا لم يكن مصرا
عليه والتائب لا يجب عليه التعزير لانا لو اوجبناه اوجبناه للتوبة **فاما**
اذا كان مصرا على ذلك فانه يعزر لانه في ذلك اصر على ارتكاب المعاصي واتلاف
حقوق الناس بشهادته **قوله** والتسخيم بالجر عطفا على قوله بدلالة التبليغ
يقال سخم وجهه اي سوده **قوله** وفائدته اي وفائدة وضع الجامع الصغير
وهذا لان وضع المسئلة فيما اذا اقر انهما شهدا بزور وفائدته انه لا يثبت
كذب الشاهد الا باقراره اذ لا سبيل الى معرفة ذلك بالبينة لان البينة اذا
قامت

قامت على انهما شهدا بغير حق فلا يلتفت الى ذلك لان الشهادة على النفي لا يسمع

كتاب الرجوع عن الشهادة

والتناسب ظاهر بين الرجوع عن الشهادة وبين ما تقدم لان الرجوع عنها
يقتضي سابقة الشهادة لا محالة **قيل** ذكره قول الشاهد شهدت بزور وشرطه
ان يكون عند القاضي وحكمه ايجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل اتصال
القضاء بالشهادة او بعد اتصال القضاء والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان
المشهود به مالا وقد ازاله بغير عوض والرجوع عن الشهادة مشروع بالاجماع
اثر عمر رضي الله عنه قال الرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل **قوله**
قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت اي قال القدوري
في مختصره وانما يسقط الشهادة بالرجوع قبل الحكم لان الشهادة لا يتعلق بها حكم
قبل القضاء فاذا لم يقض القاضي بها صار وجودها وعدمها سواء فسقطت و
هذا لان القاضي انما يقضي بكلام يترجح فيه جانب الصدق على الكذب والكلام
المتناقض من الشهود لا رجحان فيه للصدق على الكذب فلا يصير حجة فسقطت
الشهادة ولا يلزم الضمان على الشهود لانه لم يوجد منهم الاتلاف **قوله**
فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم هذا لفظ القدوري في مختصره و
ذلك لان الشاهد لما اكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضاء بالكلام
المتناقض لا يجوز فلا يفسخ القاضي حكمه بالرجوع ولان الرجوع ليس
بشهادة بدليل انه لا يشترط فيه لفظة الشهادة وما ليس بشهادة لا يبطل
الحكم وذكر الخصاف في ادب القاضي وقال حدثنا وهب ابن جرير ابن
حازم قال حدثنا شعبة عن يزيد ابن زادي عن الشعبي في شاهدين شهدا
انه طلق امراته ففرق القاضي بينهما ثم ان احدهما رجع عن شهادته وتزوج الاخر
المراة قال هذا حكم لا يرد يريد بهذا ان رجوع الشاهد بعد القضاء قال لا
يكون معتبرا في ابطال القضاء قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف

للخصاف وروى عن ابراهيم النخعي انه ان كان حال الشهود عند الرجوع احسن
من حالهم وقت الاداء صح وان كان حالهم في اداء الشهادة احسن لم يصح
الرجوع قال وهذا قول ابي حنيفة الاول فاما في قوله الاخر قال بان رجوع
الشاهد لا يعتبر في حق ابطال القضاء القاضي لانه مناقض فلا يقبل قوله ولكن
يصح الرجوع في حق نفسه حتى تجب عليه الضمان والاصل فيه قول علي رضي الله عنه
فانه روي ان رجلين اتيا عليا برجل فشهدا عليه انه سرق فقطع علي رضي الله عنه
يده ثم جاء بعد ذلك فقالا غلطنا في الاول انما كان هذا الذي سرق فقال علي
رضي الله عنه لا اصدقكما على هذا الثاني واغرمكما دية الاول ولو علمت انكما تعمدتما
ذلك لقطعت ايديكما ذكر محمد رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادة انه
قال اغرمكما دية الاول والخصاف اورد ههنا وقال اغرمكما الدية فيحمل ان
القطع سرى الى النفس فيكون الواجب دية النفس فثبت بهذا ان رجوع الشهود
يصح في حق وجوب الضمان فاما في حق ابطال القضاء القاضي فلا يصح كذا في
شرح ادب القاضي **قوله** وعليهم ضمان ما اتلفوا بشهادتهم هذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لانهما اقرا بانهما تعديا ووضعا الشهادة في غير موضعها فـ
صار ذلك سببا الى تلف المال والاتلاف بسبب اذا كان بسبيل التعدي يوجب
الضمان كما في حافر البير وواضع الحجر على قارعة الطريق غاية ما في الباب ان كلام
الشهود متناقض ولا يمنع ذلك صحة الاقرار لكونه غير متهم على نفسه ولا يسترد
المال من المحكوم له لان رجوع الشاهد صح في حق نفسه لا في حق غيره **قوله**
قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم اي قال القدوري في مختصره وذلك لان
الرجوع عن الشهادة وان لم يكن شهادة فسخ للشهادة ونقض لها فكان مقابلا
للشهادة فاختص بموضع الشهادة كالسواد مع البياض لما كانا متقابلين متضادين
اشترط للتضاد اتحاد المحل فكذا هنا ولان الرجوع عن الشهادة توبة عن
جناية الكذب والتوبة انما تكون على حسب الجناية والجناية كانت مختصة بمجلس
القاضي

القاضي فينبغي ان تختص التوبة عنها وهي الرجوع عن الشهادة الباطلة
مختصا بمجلس القضاء ايضا الا ترى لما روي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه بعثه الى اليمن فقال معاذ اوصني يا رسول الله قال عليك بتقوى
الله تعالى ما استطعت واذكر الله تعالى عند كل شجر وحجر واذا عملت شرا فاحدث
توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وفي هذا الحديث لطايف ذكرها ابو بكر
ابن ابي اسحق الكلاباذي في بحر الفوايد والحاصل في المسئلة ما ذكره في الفتاوى
الصغرى الشاهد اذا رجع في غير مجلس القضاء لا يصح ولو رجع في مجلس قاضي
غير القاضي الذي شهد عنده صح حتى لو ادعى المشهود عليه رجوع الشاهد في
غير مجلس القاضي فاقام البينة لا يقبل ولو ادعى رجوعه عند قاض اخر
يقبل البينة عليه ولو ادعى رجوعه مطلقا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في
المبسوط انه لا يقبل واذا لم يكن لمدعي الرجوع بينة واراد استحلاف الشاهد
فان كان يدعي رجوعه مطلقا او في غير مجلس القاضي لا يستحلف وان كان يدعي
رجوعه في مجلس القاضي يستحلف اذا ادعى الرجوع على الشهود واراد استحلافه
او اقامة البينة على ذلك فان ادعى الرجوع في غير مجلس القاضي لا يصح ولو ادعى
الرجوع عند القاضي ولم يدع القضا بالرجوع لا يصح لان الرجوع عند القاضي انما
يصح به اذا اتصل به القضا اما اذا ادعى الرجوع عند القاضي والقضا بذلك
يصح ويستحلف الشاهد ويقبل البينة على ذلك ولو شهد عند قاض ورجع
عند قاض اخر يصح ويجب الضمان عليه لكن اذا اقضى عليه هذا القاضي بالضمان
كما لو رجع عند القاضي الذي شهد عنده انما يجب الضمان اذا قضى القاضي عليه
بالضمان ونقله عن شرح شيخ الاسلام خواهر زاده ثم قال وكان استاذنا فخر
الدين يستبعد توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع او بالضمان **قوله**
ادعى رجوعا باطلا لان الرجوع في غير مجلس القاضي ليس بصحيح **قوله** لان
التسبب صح اي سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضي **قوله** واذا شهد شاهدان

بالحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه وهذا لفظ القدوري في مختصره
وهو مذهب مالك واحمد وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في قوله الجديد لا ضمان عليهم
له انه اجتمع في هذا الاتلاف السبب والمباشرة ولا عبرة للسبب مع وجود المباشرة
فسقط حكم السبب فلا تجب الضمان على الشهود كالحافر مع الدافع **ولنا** ان الشهود لما
رجعوا علم ان المال وصل الى المقضي له بغير حق لان القاضي قضى بشهادتهم وشهادتهم
كانت باطلة وتسليم مال الغير الى الغير بغير حق يوجب الضمان والضمان لا تجب على
المقضي له وعلى القاضي بالاجماع **اما** على المقضي له فلان رجوع الشهود لا يصح في حق
الغير **واما** على القاضي فلانه كالملجاء على القضا لان القضاء فرض عليه بما ثبت عنده
ظاهرا حتى لو لم يرد جوب القضا عليه يكفر ولو راى ذلك ومع هذا اخر القضا يفسق
واذا كان كالملجا كان معذورا في قضائه ولانه لو وجب الضمان على القاضي لا تمتنع
الناس عن تقلد القضاء خوفا عن الضمان فتتعطل حينئذ امور المسلمين فلم يوجب الضمان
عليه كيلا يتعطل امور الناس ثم لما لم تجب الضمان على المقضي له وعلى القاضي تعين ايجاب
الضمان على الشهود لانهم صاروا سببا لازالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدا
بالعتق ثم رجعوا لان التسبيب على وجه التعدي يوجب الضمان كحافر البير وواضع الحجر
فوجب الضمان على الشهود **وقوله** لا عبرة للسبب مع وجود المباشرة ينتقض بشهود
القصاص اذا رجعوا على اصله وبالمحرم اذا امسك صيدا حتى قتله محرم اخر لا يقال
ان الشهود لم يوجد منهم الا مجرد القول ومجرد القول لا يوجب الضمان لانا نقول
يبطل ذلك بشهود العتق والطلاق قبل الدخول اذا رجعوا **قوله** وانما
يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق يعني
ان الشاهدين اذا رجعا انما يضمنان اذا قبض المشهود له المال من المشهود عليه سواء
كان المشهود به دينا او عينا لان الضمان تجب على الشهود بالاتلاف ولا
يتحقق الاتلاف بدون قبض المشهود له المال وهذا هو اختيار شمس الائمة السرخسي
اما شيخ الاسلام خواهر زاده فقد فرق بين العين والدين ففي العين تجب
الضمان

الضمان على الشهود اذا رجعوا قبض المشهود له المال او لم يقبض وفي الدين لا يجب
الضمان ما لم يستوف المشهود له ذلك من المشهود عليه والى هذا ذهب شمس
الائمة البيهقي في قسم المبسوط من الشامل فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنا
قيمته قبضه المشهود له او لم لا لانهما ازالا ملك الاخر عن العين المقضي به اولا لانهما
حالا بينه وماله فان كان المشهود به دينا ثم رجع الشهود قبل قبض الدين لا
يضمنون لانهما ما اتلفا وما حالا ولانهما اوجبا دينا فلا يوجب ضمان العين
لان ضمان العدوان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين الدين والعين لا جرم لو قبض
المشهود له وصار عينا يضمن الى لفظ الشامل **قوله** ولانه لا مماثلة بين اخذ
العين والزام الدين يعني ان المشهود به اذا كان دينا ولم يستوفه المشهود
له لا تجب الضمان على الشهود لان الضمان يعتمد على المماثلة ولا مماثلة بين
العين والدين وجه قول السرخسي في شرط القبض لضمان العين ان قضا القاضي
بالملك للمقضي له في زعم المقضي عليه باطل والمرء مواخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما
لم يخرج الملك عن يده **قوله** فان رجع احدهما ضمن النصف هذا لفظ القدوري في
مختصره والاصل هنا ما ذكروا في شروح الجامع الكبير ان العبرة في الرجوع لبقاء من
بقي لا لرجوع من رجع وان الشاهد برجوعه يضمن للمشهود عليه ما اثبت
بشهادته للمشهود له ورجوعه يعتبر في حق الضمان عليه لا في ابطال ما اثبت للمشهود
له وانما قلنا ان العبرة لبقاء من بقي لانه لو كانت العبرة لرجوع من رجع لزم ان
يكون الضمان واجبا على الراجع مع بقاء الحق عند وجود المبقي كما اذا رجع
الثلاثة لانه لو كان كذلك لكان ضمان الاتلاف بلا تلف وهو فاسد اذ الحق باق
لم يتلف منه شيء ببقاء الشاهدين واذا ثبت هذا الاصل قلنا ان احد الشاهدين
لما رجع بقي نصف الحق ببقاء الشاهد الاخر على شهادته فاذا كان الباقي نصف
الحق كان التالف نصف الحق لا محالة فيضمنه الراجع **قوله** وان شهد بالمال
ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه هذا لفظ القدوري في مختصره وهو بناء على الاصل

المتقدم وذلك لان كل الحق لما بقي بشهادة من بقي على شهادته لم يوجد من الراجع
اتلاف شيء فلم يلزمه الضمان **قوله** وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة
والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع وهذا اشارة الى قوله لانه بقي من
يبقى بشهادته كل الحق يعني انه باق ببقاء الحجة اعني ببقاء الشاهدين لان الاستحقاق
متى ثبت في المتلف يزيل الضمان ورفعه وهنا فيما نحن فيه لم تجب بعد فاولى ان يدفع
الاستحقاق الثابت بالحجة ويمنعه لان الدفع اسهل من الرفع كما اذا اتلف انسان مال
زيد مثلا فقضى القاضي بضمانه عليه لزيد ثم استحق العين المتلف عمرو واخذ الضمان عن التلف
سقط ذلك الضمان الواجب لزيد **قوله** فاولى ان يمتنع اي الضمان **قوله** فان رجع
اخر ضمن الراجعان نصف المال وهذا ايضا لفظ القدوري وذلك بناء على الاصل
المتقدم ايضا لان العبرة لما كان لبقاء من بقي كان الباقي نصف الحق فاذا بقي نصف
الحق كان التالف بالرجوع نصف الحق لا محالة فيضمنه الراجعان جميعا لان احدهما
ليس باولى من الاخر فكان ضمان النصف عليهما على السواء واورد في شرح الاقطع في
هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل لو قال الراجع الاول كيف يجوز ان يلزمني
الضمان برجوع غيري وبعد وقت رجوعي لم تجب علي شي قيل له كما يلزم الضمان جميع
الشهود اذا رجعوا وهم ثلاثة ولو قال واحد منهم لو رجعت وحدي لم يلزمني
الضمان لان الثلثين لم يسمع قوله كذلك هذا **قوله** وان شهد رجل وامرأتان فرجعت
امرأة ضمنت ربع الحق وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان رجعتا
ضمنتا نصف الحق وذلك لان ببقاء الرجل على شهادته بقي نصف الحق فبرجوع
المرأتين تلف النصف فتضمنان ذلك فاذا رجعت واحدة منهما وحدها تضمن الربع
لانه هو التالف اذا بقي ثلاثة ارباع الحق ببقاء الرجل والمرأة الاخرى على الشهادة
قوله وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه فان رجعت اخرى كان على النسوة ربع الحق وذلك لان
العبرة لبقاء من بقي وقد بقي الرجل والمرأتان على الشهادة فبقي تمام الحق فلم يجب
الضمان

الضمان على الراجعات فان رجعت مرة اخرى وجب ضمان الربع على الراجعات
التسع لانه هو التالف برجوعهن اذا بقي الثلاثة ارباع الحق ببقاء الرجل والمرأة
العاشرة على الشهادة **قوله** وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق
وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة
النصف هذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا كان الشهود رجلا واحدا وعشر نسوة
ثم رجعوا جميعا بعد الحكم تجب الضمان اسداسا عند ابي حنيفة رح وعندهما يجب
انصافا وجه قولهما ان النساء وان كثرن يقمن مقام رجل واحد في الشهادة
بدليل انه لا يقبل شهادتهن وحدهن فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة
امرأتين فصار الضمان على الرجل والنسوة انصافا وجه قول ابي حنيفة ان الشرع
جعل شهادة المرأتين عند الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد فيصير شهادة عشر
نسوة بمنزلة خمسة رجال فصار كان الشهود كانوا ستة رجال ثم رجعوا جميعا فان
الضمان اسداسا قال في شرح الطحاوي ولو رجع الرجل وحده فعليه نصف
المال بالاجماع ولو لم يرجع الرجل ولكن رجع النسوة فعليهن نصف المال ايضا **قوله**
لما قلنا اشارة الى قوله لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد **قوله** ولو شهد
رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة وهذه من مسائل المبسوط
ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري وانما لم يجب الضمان على المرأة لانه لم يقض
بشهادتها لانها نصف شاهد فلا يضاف الحكم الى بعض العلة قال في الشامل في قسم
المبسوط شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل والمرأة نصف
المال اثلاثا في قياس قول ابي حنيفة وعندهما ضمن الرجل نصف المال ولم يضمن المرأة
لان عندهما الثابت بشهادة النساء نصف الحق وبقي بشهادة المرأتين نصف
الحق وعند ابي حنيفة الحق بشهادة الرجال والنساء على الشيوع ثم تقام كل امرأتين
مقام رجل فثلاث نسوة يقمن مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما انصافا وعند
ابي حنيفة اخماسا على النسوة ثلاثة اخماسه الى هنا لفظ الشامل **قوله** وان شهد

ضمان

شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما اي قال
القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها يعني لا
ضمان على الشاهدين اذا رجعا وانما يجب الضمان لان الضمان يستدعي المماثلة لقوله
تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين العين والمنفعة التي هي العرض
اعني منفعة البضع فلا يجب الضمان كما في اتلاف سائر منافع المغصوب حيث لا يجب الضمان
عندنا خلافا للشافعي ولان منفعة البضع لا قيمة لها عند الخروج عن ملك المرأة الا ترى
ان امرأة مريضة لو زوجت نفسها باقل من مهر مثلها لم تجب لها كمال المهر بخلاف
ما لو باعت في مرض موتها شيئا باقل من قيمته وانما لم تجب للبضع قيمة عند الدخول في
ملك الزوج ابانة لخطر المحل اي قال القدوري في مختصره وكذلك ان شهدا على رجل
بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها يعني لا ضمان عليهما اذا رجعا وذلك لانهما وان اخرجا
من ملك الرجل بمقدار مهر المثل واتلفاه فقد ادخلا في ملكه عوضا بازائه لان البضع
متقوم عند الدخول في ملك الزوج فاذا كان الاتلاف بعوض كان كلا اتلاف
فلا يجب الضمان فان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفا
الزيادة بلا عوض حيث لم يدخلا بازائها شيئا والاصل هنا ما ذكر في شرح الطحاوي
ان كل من اتلف بالشهادة على المشهود عليه منفعة فلا ضمان عليه بالرجوع وان اتلف
عين مال ان كان بعوض هو عين المال او منفعة لها حكم عين المال فلا ضمان عليه
وان كان بغير عوض فانه يجب الضمان اذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعت المرأة على
رجل انه تزوجها على الف درهم وهو ينكر فشهد بذلك شاهدان وقضى القاضي
بالنكاح بالف درهم ثم رجعا فان القاضي لا يفسخ النكاح وينظر الى مهر مثلها ان كان
مهر مثلها الفا او اكثر فلا ضمان على الشهود لانهما اتلفا على الرجل عين مال بعوض
لان البضع يعتبر مالا في حال دخوله في ملك الزوج الا ترى ان الاب اذا زوج من
ابنه امرأة جاز لان البضع كعين المال في حق الزوج وكذلك المريض اذا تزوج امرأة
على الف درهم وذلك مهر مثلها جاز ولا يعتبر من الثلث فلما كان في حق الزوج كعين
مال

مال في حال دخوله في ملكه فقد حصل التلف بعوض فلا ضمان عليه وان كان مهر
مثلها اقل من الف يضمنان الزيادة على مهر المثل لان التلف حصل بغير عوض
هذا اذا كان الزوج هو المنكر ولو كانت المرأة منكرة والزوج يدعي ذلك فقضى
بالنكاح بالف ومهر مثلها الفان لم يضمنا للمرأة شيئا لانهما لا اتلفا عليها المنفعة
وتلف المنفعة لا ضمان عليه وكذلك لو ادعى رجل على رجل انه اجر داره
منه شهرا بعشرة والمستاجر ينكر فشهد شاهدان على ذلك ثم رجعا فان كان
في اول المدة ينظر ان كان اجرة الدار مثل المسمى فلا ضمان عليه لانهما اتلفا عين
مال بعوض لان المنفعة اذا دخلت تحت العقد يتقوم كعين مال قايم وان
كان دونه يضمنان الزيادة وان كانت الدعوى بعد مضي المدة يضمنان الاجرة
لانهما اتلفا بغير عوض ولو كان المدعي هو المستاجر يدعي انه استاجر الدار
منه بعشرة واجر مثلها مائة والمواجر ينكر فشهد بذلك ثم رجعا فلا ضمان
عليهما لانهما اتلفا المنفعة الى هنا لفظ شرح الطحاوي **قوله** قال وان شهدا
ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا اي قال القدوري في مختصره
تمامه فيه وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان وانما لم يجب الضمان في الصورة الاولى
لانهما وان اخرجا المبيع عن ملكه فقد ادخلا في ملكه بازائه مثله والاتلاف
بعوض كلا اتلاف فلا يجب الضمان بخلاف ما اذا شهدا بالبيع باقل من القيمة حيث
يضمنان النقصان لانهما اتلفا ذلك القدر بغير عوض قال في شرح الطحاوي
ولو ادعى رجل على رجل انه باع عبده بالف درهم والمشتري ينكر وقيمة العبد
خمسمائة فشهد شاهدان بذلك ثم رجعا يضمنان للمشتري خمسمائة اخرى
ولو كان المشتري يدعي انه اشتراه بخمسمائة وقيمته الف والبايع ينكر
ذلك ثم رجعا يضمنان للبايع خمسمائة بدل خمسمائة بغير بدل ولو كان
قيمة العبد الفا وادعى المشتري انه اشترى بالفين الى سنة والبايع منكر
فشهد شاهدان ثم رجعا بعد القضاء فالبايع بالخيار ان شاء اتبع المشتري

بالثمن بالفين الى سنة وانشاء ابراءه ويضمن الشاهدين الف درهم حالة واي
ذلك فعل يؤدي الاخر وان اختارا اتباع الشاهدين كان لهما ان ياخذا من المشتري
عند حلول الثمن الفي درهم فيطيب لهما الف بازاء ما ضمنا ويتصدقان
بالف درهم **قوله** ولا نزاع في ان يكون البيع باتا او في خيار البايع لان السبب
هو السابق في نقصان الحكم عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف اليهم يعني ان
السبب الموجب للملك هو العقد السابق على مضي المدة او على سقوط الخيار بمضي المدة
فيضاف الحكم وهو زوال الملك عند سقوط الخيار الى ذلك السبب وقد حصل
سبب الزوال بشهادة الشهود فيضاف التلف اليهم فيجب عليهم ضمان النقصان و
هذا الذي ذكره جواب سؤال بان يقال ينبغي ان لا يجب الضمان على الشاهدين اذا شهدا
بالبيع بشرط الخيار لانهما لم يتلفا شيئا على البايع لانهما اثبتا البيع بشرط الخيار و
البايع لم يزل ملكه عن المبيع بعد وانما يزول اذا مضت المدة وهو ساكت فاذا
سكت عن الرد كان راضيا بزوال ملكه فكيف تجب الضمان على الشهود حينئذ
فقال سبب التلف هو العقد السابق وذلك ثبت بشهادتهم فيجب عليهم
الضمان غاية ما في الباب انه سكت ومضت المدة وسكوته دليل رضاه بزوال
ملكه الا انا لم نلتفت الى ذلك لانه كان منكرا للبيع فلو تصرف في المبيع بحكم
الخيار وقال فسخت المبيع كان مقرا بالبيع ولظهر كذبه عند الناس والعاقل
يجتنب عن الكذب وعن اظهاره فلاجل هذا ما تمكن من التصرف في المبيع بحكم الخيار
فلم يدل سكوته على رضاه ومع هذا لو اوجب البيع في مدة الخيار لم يضمن الشاهدان
شيئا لانه ازال ملكه باختياره وكذلك لو اثبتا الخيار للمشتري ومضت
المدة وهو ساكت وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن يضمن الشاهدان ومع هذا لو اوجب
الشراء في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله باختياره فافهم **قوله** وان
شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر هذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان كان بعد الدخول لم يضمنا ولم يذكر
تمامه

تمامه في الهداية مع انه ذكر في البداية فلا ادري كيف فات عنه في الهداية و
ذلك لانهما قررا والزما عليه ما كان على شرف السقوط بارتدادها او تقبيلها
ابن زوجها لانه حينئذ يسقط عنه جميع المهر والتاكيد شبه بالايجاب ولهذا اذا اكره
الرجل على طلاق امراته قبل الدخول بها كان له ان يرجع بنصف المهر على الذي
اكرهه او نقول ان الطلاق قبل الدخول في معنى الفسخ لان المعقود عليه وهو
البضع عاد الى المراة سالما كما كان فصار كهلاك المبيع قبل القبض فانه يسقط جميع
الثمن وانما يجب النصف المسمى في الطلاق قبل الدخول ابتداء على طريق المتعة
وقد الزمه الشاهدان على الزوج ولم يكن واجبا عليه فوجب الضمان عليهما فصار
كما اذا شهدا بالف فقضي به ثم رجعا وهذا بخلاف ما اذا كان رجوع الشاهدين بعد
دخول الزوج حيث لا يضمنان شيئا وذلك لان شهادتهما تضمنت خروج البضع
عن ملك الزوج والبضع لا قيمة له عند الخروج وهما لم يتلفا شيئا له قيمة ولا قررا
شيئا على شرف السقوط فلم يجب الضمان عليهما وقال الشافعي يجب عليهما الضمان
كما قبل الدخول لان منافع البضع متقومة فصار كما لو شهدا بعين فقضي بذلك ثم رجعا
ولنا ان ضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص ولا مماثلة بين العين والعرض
اعني بين المال وبين منفعة البضع فلا تجب الضمان وانما تقومت المنافع بالعقد
بالتراضي بخلاف ما اذا شهدا بالعين ثم رجعا لان المماثلة بين العين والعين
ثابتة وبخلاف ما اذا كان الرجوع قبل الدخول لانهما الزما على الزوج ما على
شرف السقوط **قوله** كما مر في النكاح اي في باب المهر عند قوله ويستحب
المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول بها وقد
سمى لها مهرا قال في التحفة ولو شهدا على رجل انه طلق امراته ثلاثا وقد
دخل بها وقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان نقد المهر
اتلاف بعوض وهو استيفاء منافع البضع ولو كان قبل الدخول ان كان المهر مسمى
ضمنا النصف وان لم يكن المهر مسمى يضمنان المتعة لان ذلك تلف بشهادتهما

ولم تحصل له بمقابلته عوض **قوله** قال وان شهدا على انه اعتق عبده ثم
رجعا ضمنا قيمته اي قال القدوري في مختصره وذلك لانهما اتلفا ملك المشهود
عليه بلا عوض فعليهما ضمانه سواء كانا موسرين او معسرين لانه ضمان
اتلاف الملك والولاء للمولى لان العتق لا يتحول الى الشاهدين بضمانهما
لان العتق لا يقبل الفسخ وثبوت الولاء للمولى لا يكون عوضا لان الولاء
ليس بمال وانما هو سبب يورث عنه قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره
واذا شهد شاهدين على رجل انه اعتق عبده فقضى القاضي عليه بشهادتهما بذلك
ثم رجعا عن شهادتهما كان عليهما ضمان قيمة العبد لمولاه ويكون الولاء لمولاه
دونهما واذا شهد شاهدان على رجل انه اقر ان هذه الامة قد ولدت منه
وهو ينكر ذلك فقضى القاضي بشهادتهما عليه بذلك ثم رجعا عن شهادتهما كان
عليهما له ضمان ما بين قيمته مملوكة الى قيمتها ام ولد فان توفي المولى بعد
ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها امة ترد ذلك الى تركة مولاها يكون حكمه
حكمها ولو كانا شهدا ان مولاها اقر انها ولدت منه ابنا لها في يده والمسئلة على حالها
كان عليهما لمولاها في الامة كما ذكرنا وكان عليهما ايضا لمولاها ضمان قيمة ولدها
فان قبض ذلك المولى ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه ان يردها على الشا
هدين مما ورث مثل ما كان الميت اخذه من الشاهدين في حياته من قيمته و
من قيمة امه لانه يقول ان الميت اخذ ذلك منهما ظلما وانه دين في تركته لهما و
اذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق دبر عبده فقضى القاضي عليه بذلك بشهادتهما
ثم رجعا عنها فعليهما له ضمان ما بين قيمة العبد مدبرا الى قيمته غير مدبر
وان مات المولى بعد ذلك فعتق من ثلث تركته كان عليهما ضمان بقية قيمته
عبدا للورثة واذا شهد شاهدان على رجل انه كاتب عبده على الف درهم فقضى
القاضي بذلك ثم رجعا عن شهادتهما فان المولى بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين
بالف درهم حالا ورجعا بالمكاتبة على المكاتب الى اجلها فاذا قبضاها احتبساها

لنفسهما

دونهما

لنفسهما منها الفا وتصدقا بالفضل على ذلك وان شاء المولى اتبع المكاتب
بالمكاتبة وترك تضمين الشاهدين فباي الوجهين اختار المولى ثم ادى المكاتب
المكاتبة فعتق كان ولاؤه لمولاه ولو لم يعتق المكاتب ولكنه عجز فعاد رقيقا برئ
الشاهدان من الضمان ووجب على المولى رد شيء ان كان قبضه منهما من قيمة
العبد عليهما الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره **قوله** واذا شهدا بالقصاص ثم رجعا
بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما هذا لفظ القدوري في مختصره قال في
كتاب التفريع لاصحاب مالك وان شهدا على رجل بالقتل فقتل بشهادتهم ثم عادوا
اقروا بالكذب او الغلط غرما الدية وتحملها العاقلة ولم يلزمهما القود وقال
اشهب يقتص منهما اذا تعمدا ويغرمان الدية اذا غلطا الى هنا لفظ كتاب التفريع
وقال في وجيز الشافعية وان رجع بعد استيفاء القتل فعليه القصاص ان قال
تعمدت وقال اصحاب احمد بن حنبل فان قال الشهود تعمدنا الشهادة فعليهم القصاص في ذلك
وان قالوا اخطانا بان سهونا او اشتبه علينا فعليهم دية ذلك في اموالهم على نحو
ضمانهم الاموال لا على عواقلهم لان العاقلة لا تحمل الاعتراف كذا في كتابهم المنسح
بالمستوعب وجه قولهم في ايجاب القصاص على الشاهدين هنا انهما قتلاه تسبيبا فيجب
القصاص على الشاهد كما يجب على المكره وهذا لان الشاهد كالمكره ايضا
للقاضي على قضائه فانه لو لم ير وجوب القضاء على نفسه بعد الشهادة
يكفر لو راى واخر **يفسق ثم** المكره يجب عليه القصاص بالطريق الاولى ان
تجب على الشاهد لان الشهادة بالقصاص اكثر افضاء الى القتل من الاكراه
على القتل لان الولي في صورة الشهادة يعان على استيفاء القصاص من
جهة المسلمين والمكره على القتل يمنع ولا يعان ووجه قول اصحابنا ان
القتل لم يوجد من الشهود مباشرة لانهم لم يباشروه ولا نسلم انه وجد
منهم تسبيبا لان السبب الشيء ما يفضي الى وجود ذلك الشيء غالبا والشهادة
بالقتل لا يفضي الى القتل غالبا لكون العفو مندوبا شرعا قال تعالى وان تعفوا اقرب

للتقوي لم تكن الشهادة سببا للقتل بخلاف الاكراه على القتل فانه سبب للقتل
غالبا لان المكره يختار روحه على روح غيره فيفضي الاكراه الى القتل غالبا
ولئن سلمنا ان الشهادة بالقتل سبب للقتل فنقول القتل بسبب يتعلق
به الدية دون القصاص كحافر البئر وواضع الحجر ولان القتل الموجود من
فاعل مختار ينقطع نسبته ذلك الفعل الى غيره والفعل هنا وهو القتل وجد من
الولي باختياره الصحيح فينقطع نسبته الى الشهود فلا يجعل القتل كانه وجد
من الشهود ولهذا لا يضمن من حل قيد عبد فابق لانقطاع النسبة عن الحال بتخلل
فعل فاعل مختار ولو لم ينقطع تخلل الفعل الاختياري النسبة فادني حاله ان يورث
شبهة قطع النسبة ولا يجب القصاص بالشبهة فاذا لم يجب القصاص للشبهة
وجب الدية على الشهود لانه ليس في الاسلام دم مهدر والمال يثبت بالشبهات
بخلاف المكره فان تخلل فعله لم يقطع نسبة الفعل الى الذي اكرهه لان اختيار
فاسد واختيار الذي اكرهه صحيح والفاسد بمقابلة الصحيح كالعدم فجعل المكره
كالالة والفعل الموجود منه كالموجود من الذي اكرهه او نقول الشاهدان
شاركا في القتل ولا قود عليه فلا يجب القصاص كما اذا اشترك الخاطئ والعامد واورد
في شرح الاقطع ههنا سؤالا وجوابا فقال فان قيل روي عن علي رضي الله عنه انه
شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعت يده ثم اتيا بعد ذلك باخر
فقالا اوهمنا انما السارق هذا فقال لهما لا اصدقكما على هذا واغرمتكما دية الاول
فلو اعلم انكما فعلتما ذلك عمدا قطعت ايديكما قيل له هذا يحتمل قطعت ايديكما
على وجه السياسة لا حدا لانه عنده ممن يسعى في الارض بالفساد بالشهادة وتكررت منهما
قوله ناشبهة المكره بكسر الراي **قوله** والمكره يمنع بفتح الراي وكذلك قوله
بخلاف المكره بفتح الراي ايضا **قوله** ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة
يعني اذا كان الاختيار صحيحا اما اذا كان فاسدا كما في فعل المكره فلا **قوله** والباقي
يعرف في المختلف اي في مختلف الرواية تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين
العالم

العالم وقال الامام شرف الدين ابو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي
البخاري في كتاب المنهاج رايت عن بعض مشايخنا انه لو لم يكن لاصحابنا كتاب
سوي ما جمعه الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية لكفي به فخرا قال الامام
العتابي في شرح الجامع الكبير في الباب الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا
على رجل انه قتل ولي فلان خطاء او عمدا وقضي به القاضي واخذ الولي الدية
في الخطاء من العاقلة او قتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة
في الخطاء ان شاؤا رجعوا على الاخذ لانه اخذ بغير حق ثم هو لا يرجع على احد
وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم سببوا التلف بغير حق ثم ثم يرجعون على الولي
لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين ان الولي اخذ مالهم وفي
العمد لا يجب القصاص على الولي الذي اقتص من المشهود عليه ولا على الشاهدين
لان القضاء اورث شبهة لكن يجب الدية وتخير ورثة المقتول ان شاؤا ضمنوا الولي
الدية ثم هو لا يرجع على احد وان شاؤا ضمنوا الشاهدين ثم هما لا يرجعان عند ابي
حنيفة لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التملك لانه ليس بمال وعندهما
يرجعون بما ضمنوا لان اداء الضمان انعقد سببا لملك المضمون لكن لم يثبت الملك
في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مدبرا وغصب منه اخر
مات في يده وضمن المالك الاول على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هنا وانما كتبنا
هذه المسئلة وان لم يتعرض لها صاحب الهداية تكثيرا للفايدة **قوله** واذا
رجع شهود الفرع ضمنوا هذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم** ان شهود الفرع
اذا رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا
المشهود به لان اتلاف المشهود به حصل باداء ايهم الشهادة في مجلس القضاء
فلان الاتلاف مضافا الى شهادتهم فوجب عليهم الضمان **قوله** ولو رجع
شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم
هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر فيه الاختلاف بين اصحابنا وكذلك

اثبت صاحب الهداية مطلقا بلا ذكر الخلاف وقال في شرح القدوري للشيخ
الامام ابو منصور البغدادي هذا الذي ذكر قول ابي حنيفة في هذا الفصل
رحمه الله وقال الشيخ الامام ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في الباب
الثاني من كتاب الشهادات فيما اذا شهدا على شهادة شاهدين على رجل انه قتل
فلان ابن فلان خطأ فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة القاتل لان الخطأ
موجب للمال وما هذا سبيله يثبت بالشهادة على الشهادة واذا قبض الولي
الدية من عاقلة المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فلا ضمان ايضا على
الشهود الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لان من الجائز ان الاصلين
اشهداهما غير ان الولي يرد على العاقلة ما اخذ لانه استوفى ما ليس له
ولاية الاستيفاء فلو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما دين على شهادتنا لم
يلتفت الى انكارهما لان ما ثبت بقضاء القاضي بدليله لا يبطل بانكار احد
ولا ضمان على الاصلين اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لو رجعا بان
قالا اشهدناهما باطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما للفرعين
كانا في غير مجلس القضاء والشهادة في غير مجلس القضاء لا يكون سبب
الضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء فاذا لم يضمنا بالرجوع فلان اذا ظهر
المشهود بقتله حيا لا يضمنان اما عند محمد فهما يضمنان بالرجوع لان
الفرعين نقلا شهادتهما الى مجلس القضاء وجعل حكما كانهما اثبتا شهادتهما
في مجلس القاضي بانفسهما ورجعا ثم هنا قال لا يضمنان اي قال محمد في مسئلة
الانكار على الاشهاد لا ضمان على الاصلين فاما ان يحمل ذلك على قولهما
خاصة او يحمل على ان جواب محمد فيما اذا جاء وانكر او ظهر المشهود
بقتله حيا ولو حمل على الوفاق هنا فيحتاج محمد الى الفرق بين رجوعهما
وبين ظهور المشهود بقتله حيا والفرق ان شهادة الفرعين يثبت شهادتهما
اذا اتصل بذلك قضاء القاضي ولكن ضرورة امكان القضاء ونفاذه على المقضي
عليه

عليه فاما ان ثبتت في حق الشاهدين الاصلين عند انكارهما ذلك فلا اولا
ضرورة الى ثبوتها في حقهما فاذا ظهر المشهود بقتله حيا والشهادة في
حقهما غير ثابتة لم يضمنا بخلاف ما اذا رجعا لان شهادتهما يثبت
باعترافهما اذ لا رجوع الا بعد الثبوت واذا ثبت في حقهما وانتقلت
الى مجلس القاضي بنقل الفرعين ضمنا عند الرجوع هذا لفظ الشيخ
ابي المعين في شرح الجامع الكبير **قوله** لانه خبر محتمل اي لان
انكار الاصلين الاشهاد خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء
بالاحتمال كما اذا رجع الشهود بعد القضاء لا يبطل القضاء بالرجوع
فلذا لا يبطل بانكار الاشهاد **قوله** بخلاف ما قبل القضاء يعني اذا
انكر الشهود الاصول الاشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضي القاضي
بشهادة الفروع بعد ذلك كما اذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا
يحكم القاضي بذلك **قوله** وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا هذا لفظ
القدوري في مختصره اي قال الاصول اشهدناهم على شهادتنا لكن رجعنا ضمن
الاصول ولم يذكر القدوري الخلاف كما ترى قال صاحب الهداية وهذا عند محمد
وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم وكذلك ذكر الخلاف في شرح الطحاوي
وعامة شروح الجامع الكبير والشامل وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب
القاضي روى محمد عن اصحابنا انه لا شيء عليهم وروى ابو يوسف
عن ابي حنيفة في الاملاء ان عليهم ضمان ذلك فاما في ظاهر الرواية
فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يضمنون وعلى قول محمد نفسه
يضمنون كما روى ابو يوسف في الاملاء **اعلم** ان الفرعين لا ضمان عليهما
في هذه الصورة بالاتفاق لانهما لم يرجعا عما شهدا واما الاصلان فعليهما
الضمان على قول محمد ولكن العاقلة بالخيار ان شاؤا ضمنوا الولي وان شاؤا ضمنوا

ضمنوا الاصلين فان ضمنوا الولي فالولي لا يرجع على الاصلين وان ضمنوا الاصلين
رجعا على الولي ووجه قول محمد ان شهادة الاصلين صارت مشغولة الى
مجلس القضاء حكما لان القضاء يقع بشهادتهما والقضاء في فصل الشهادة لا
يحوت الا بشهادة وجدت في مجلس القضاء والشهادة في مجلس القضاء سبب
وجوب الضمان عند ظهور كذب الشهود فاما من حيث الحقيقة
فشهادتهما وجدت في غير مجلس القضاء ولا يصلح سببا لوجوب الضمان
وان ظهر كذب الشهود فعملنا بالحقيقة حال انعدام رجوعهما وعملنا بالحكم
حال رجوعهما ولابي حنيفة وابي يوسف ان القياس يابى جواز القضاء
بالشهادة على الشهادة لان الفروع بشهادتهم تنقل الى مجلس القاضي شهادة
الاصل التي وقعت في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلس القضاء ليست
بحجة ولكنا تركنا القياس وجوزنا القضاء بها وجعلنا شهادة الاصل
كالموجودة في مجلس القضاء في حق جواز القضاء لتعامل الناس ضرورة احياء
الحقوق ولا ضرورة الى جعلها كالموجودة في مجلس القضاء في حق ايجاب
الضمان لان الاحياء يحصل بدونه فبقي شهادة الاصول في حق وجوب الضمان
في غير مجلس القضاء حقيقة وحكما فان قيل الفرع نائب عن الاصل في
الفعل وفعل النائب كفعل المنوب عنه قلنا القياس يابى جواز النيابة في
الشهادة لانها حق بدني والنيابة لا تجري في البدنيات وانما جوزنا
هذه النيابة للضرورة على ما بينا كذا في شرح الجامع البرهاني **قوله** و
لو رجع الاصول والفروع جميعا تجب الضمان عندهما على الفروع لا غير ذكر
هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وهي من مسائل الاصل **قوله** من
الوجه الذي ذكرا اي ذكر ابو حنيفة وابو يوسف واراد بذلك الوجه
ما ذكر بقوله لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم اي شهادة
الفروع **قوله** ومن الوجه الذي ذكره اي ذكر محمد وهو ان الفروع نقلوا
شهادة

شهادة الاصول **قوله** فيخير بينهما اي تخير المشهود عليه في التضمين
بين ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع على مذهب محمد **قوله**
والجهتان متغايرتان لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود
الفرع يشهدون على شهادة الاصول ولا مجانسة بين الشهادتين
فلا يعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة فلهذا لم يجمع بين الاصول
والفروع في التضمين بان يقال يضمن الفريقان حتى المدعى عليه ايضا قابل له
الخيار في تضمين اي الفريقين شاء **قوله** وان قال شهود الفرع كذب
شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك هذا لفظ القدوري في
مختصره قال ابو محمد الناصحي في تهذيب ادب القاضي وان قال اللذان شهدا
عند القاضي قد اشهدنا على شهادتهما ولكنهما كذبا في هذه الشهادة وهذا
القول بعد القضاء بشهادتهما لم يلتفت اليه ولم يلزمهما ضمان في ذلك لانهما
يقران على غيرهما بانهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه **قوله** قال وان رجع المزكون
عن التزكية ضمنوا اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر فيه الخلاف قال
صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون وكذلك اثبت الخلاف
في شرح الاقطع وقد مرت المسئلة في باب الشهادة على الزنى وجه
قولهما ان المزكين اثنوا على الشهود خيرا ولم يشهدوا بحق فصاروا كشهود الاحصان
ووجه قول ابي حنيفة ان القاضي لا يقضي بالشهادة على الزنى الا بعد
تزكية الشهود فكانت التزكية معملة للشهادة فكانت في معنى علة العلة
والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف شهود الاحصان
فان الاحصان شرط محض ليس في معنى العلة لان الاحصان علامة معرفة
الحكم الزنى الصادر بعد الاحصان لا يتوقف ثبوت الزنى على ثبوت الاحصان
ويتوقف الحكم بشهود الزنى على التزكية فظهر الفرق والباقي مر بيانه
في الحدود **قوله** واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط

ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة وهذا لفظ القدوري في مختصره قال
الشيخ ابو المعين النسفي في اواخر كتاب الايمان من شرح الجامع الكبير قبيل باب
اليمين في طلاق السنة وغير السنة اذا شهد شاهدان على رجل انه قال
لعبده ان دخلت الدار فانت حر وشهد اخران انه دخل الدار وقضى القاضي
بعتقه ثم رجعوا ضمن شاهدا اليمين دون شاهدي الدخول لان العبد تلف
بقضاء القاضي والقاضي قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لان العتق يثبت
عند دخول الدار بقوله انت حر لا بدخول الدار وكان التلف مضافا اليها
اثبته شاهدا اليمين دون شاهدي الشرط قال وفي شرح الجامع ولا يلزم على هذا
اذا شهد اثنان انه تزوج فلانة وشهد اخران انه دخل بها وقضى القاضي
بجميع المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر
مضافا الى التزوج لان شهود الدخول اثبتوا ان الزوج استوفى عوض ما وجب
عليه من المهر فخرجت شهادة شهود النكاح من ان يكون اتلافا وقال الشيخ ابو
المعين في شرح الجامع لم يذكر محمد رحمه الله ان شاهدي الشرط لو رجعا على الانفراد
هل يضمنان ثم قال وينبغي ان يقال يضمنان لان ايجاب الضمان على محصل الشرط
عند انعدام امكان الايجاب على صاحب العلة واجب وقال العتابي في شرح الجامع
وان رجع شهود الشرط وحدهم قال بعضهم لا يضمنون كشهود الاحصان
اذا رجعوا وحدهم وقال اكثر المشايخ يضمنون لانهم سببوا للتلف
بغير حق وله اثر في وجود العلة عند الشرط فيكون سبب الضمان عند عدم
العلة بخلاف الاحصان لانه لا يؤثر في منع وجود العلة وهو الزنا لا في وجوده
فلا يلحق بالعلة وقال شمس الائمة السرخسي في اصوله في تقسيم الشرط
قلنا في شهود التعليق وشهود الشرط اذا رجعوا الضمان على شهود التعليق
خاصة لانهم نقلوا قول المولى انت حر وهذا بانفراده علة تامة لاضافة
حكم العتق اليه فلم يكن للشرط هنا كشبه العلة فلهذا لا يضمن شهود الشرط
شيئا

شيئا سواء رجع الفريقان او رجع شهود الشرط خاصة وكذلك اذا رجع
شهود التخيير وشهود الاختيار فان الضمان على شهود الاختيار خاصة
لان التخيير سبب وما عارضه وهو الاختيار علة تامة للحكم فكان الحكم
مضافا اليه دون السبب فلم يضمن شهود السبب شيئا كما لا يضمن شهود
الشرط الى هنا لفظ شمس الائمة **قوله** فالضمان على شهود اليمين خاصة
فيه خلاف زفر لانه يوجب الضمان على الفريقين لان التلف حصل بشهادة
الجميع **قوله** مثبت السبب اي العلة لان شهود اليمين يثبتون علة
العتق كما مر بيانه انفا **قوله** الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين
دون شهود الشرط يعني ان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان
لم يشهد بالدخول وان لم يتعلق بشهادتهم حكم صارت كشهود الاحصان
فلا يلزمهم الضمان كذا في شرح الاقطع **قوله** اختلف المشايخ فيه وقال
شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط مر انفا **قوله**
ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول يعني شهد رجلان على انه
علق عتق عبده او طلاق امراته بدخول الدار وشهد اخران انه وجد الشرط
فقضى القاضي بوقوع العتق والطلاق ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين
دون الشرط لما قلنا وانما قيد بقوله قبل الدخول لان رجوع الشهود
بالطلاق عن الشهادة اذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئا وقد
مر بيان ذلك عند قوله وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول
ثم رجعا ضمنا نصف المهر والله اعلم

كتاب الوكالة

اورد كتاب الوكالة عقيب كتاب الشهادة لان في كل واحد من الشهادة
والوكالة اعانة الغير باحياء حقه والوكالة بكسر الواو وفتحها التفويض والتسليم
من قولهم وكل اليه الامر اذا فوضه اليه يقال على الله توكلنا اي فوضنا امورنا
اليه منه قوله تعالى في سورة هود اني توكلت على الله ربي وربكم اي فوضت امري

الى الله مدبري ومدبركم لا اعمل الا عليه ولا اخاف غيره اذ كل شي في قبضته
وتحت رتبته وسلطانه وفي عرف اهل الشرع تفويض التصرف الى الغير ليقوم به ذلك
الغير لاجل المفوض **قوله** كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان
يوكل به غيره هذا لفظ القدوري في مختصره ومعنى قوله ان يعقده بنفسه
اي باهليته نفسه على سبيل الاستبداد واحترز به عن توكيل الوكيل اذا لم
ياذن له الموكل فانه لا يجوز فانه لا يتصرف فيما وكل به مستبدا ثم هذا الكلي يطرد
ولا ينعكس لانه لا يقال كل ما لا يجوز له ان يعقده بنفسه لا يجوز له ان يوكل
غيره لان المسلم لا يجوز له بيع الخمر وشراوها ويجوز له ان يوكل الذمي بذلك
على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه ولا يرد على طرد الكلي الذمي لانه يملك بيع الخمر
بنفسه ولا يملك توكيل المسلم بذلك ايضا ولكن انما لا يملك توكيل المسلم بذلك
لانه نهي عن اقتراب الخمر حيث امر باجتناب الخمر فكان ذلك امرا عارضا في الوكيل
والعوارض لا تقدح في القواعد ثم الاصل في جواز الوكالة قوله تعالى فابعثوا احدكم
بورقكم هذه الى المدينة وروى اصحابنا في كتبهم ان النبي صلى الله عليه دفع الى حكيم
ابن حزام دينارا ليشتري به له اضحية ووكل عمر ابن ابي سلمة في نكاح ام سلمة و
لان الانسان قد يعجز عن مباشرة العقود بنفسه لقلة هدايته او لكثرة
اشغاله او لكثرة ماله ونحو ذلك فلو لم يجز التوكيل يلزم الحرج وهو منتف بالنص
فجاز التوكيل نفيا للحرج ودفعا للحاجة **قوله** حكيم ابن حزام هو حكيم بن حزام
ابن خويلد ابن اسد ابن عبد العزى بن قصي ويكنى ابا خالد ولد قبل الفيل بثلاث عشرة
سنة او باثنتي عشرة سنة على اختلاف الرواية اسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله
صلى الله عليه مسلما وكان من وجوه قريش واشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة
وفي الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة في خلافة معاوية سنة اربع وخمسين
وهو ابن مائة وعشرين سنة وذهب بصره قبل ان يموت كذا ذكره ابن شاهين في
كتاب المعجم وقال الكرخي في اول كتاب الوكالة من مختصره حدثنا ابراهيم
ابن

ابن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن ابن
مهدي عن سفيان عن ابي حصين عن شيخ من اهل المدينة عن حكيم ابن حزام ان النبي صلى
الله عليه اعطاه دينارا يشتري له اضحية فاشترى له اضحية بدينار فباعها بدينا
رين ثم اشترى اضحية بدينار فجاءه بدينار واضحية فتصدق النبي صلى الله عليه
بالدينار ودعا له بالبركة وقد روينا حديث عروة البارقي ايضا في البيوع في
فصل بيع الفضولي **قوله** عمر ابن ابي سلمة هو عمر ابن ابي سلمة المخزومي
ويكنى ابا حفص قال محمد ابن سعد توفي رسول الله وهو ابن تسع سنين
وقد حفظ عن رسول الله وتوفي في خلافة عبد الملك ابن مروان بالمدينة
كذا ذكره ابن شاهين ولنا في توكيل عمر ابن ابي سلمة نظر لان النبي صلى الله عليه
تزوج ام سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين كذا قال ابو عبيدة معمر ابن
المثنى وكان عمر ابن ابي سلمة يوم توفي رسول الله ابن تسع سنين قاله الواقدي
ويكون على هذا الحساب سن عمر ابن ابي سلمة يوم تزوج ام سلمة سنة واحدة فكيف
يوكله رسول الله صلى الله عليه وهو طفل لا تعقل **قوله** قال ويجوز الوكالة
بالخصومة في ساير الحقوق اي قال القدوري في مختصره **اعلم** ان التوكيل بالخصومة
في جميع الحقوق واثباتها جائز الا في الحدود والقصاص فان التوكيل باثباتها جائز
عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وزفر كذا في المختلف وقول محمد مضطرب
في بعض الروايات ذكر قوله مع ابي حنيفة وفي بعضها مع ابي يوسف كذا في
شرح الطحاوي وذكر الطحاوي في مختصره قول محمد مع ابي حنيفة
قال فيه ولا تجوز الوكالة في الحدود ولا في القصاص الا في اثبات البينات
عليها فاذا وجبت اقامتها لم يقمها الا بحضرة من الموكل بها في قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا تقبل الوكالة في شيء من ذلك من خصومة فيها ولا من اثبات
بينة عليها ولا من غير ذلك منها الى هنا لفظ الطحاوي التوكيل ثم قال في شرح
الطحاوي التوكيل في استيفاء الحدود والقصاص باطل بالاجماع ولو كان الموكل

حاضرًا وامر باستيفاء القصاص جاز اما التوكيل بالخصومة في ساير الحقوق فلما
لما روينا قبل هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فاذا جاز التوكيل فيه جاز في
غيره لانه عقد يجوز ان يتولاه كالبيع ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة
بنفسه فجاز ان يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا وقد ذكر اصحابنا
في كتبهم ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومات وكان فطنا ذكيا فلما
كبر عقيل واسن وكل عبد الله ابن جعفر وحدث ابو عبيد في كتاب غريب الحديث
عن عباد بن العوام عن محمد بن اسحق عن رجل من اهل المدينة يقال له جهم عن علي انه
وكل عبد الله بن جعفر وقال ان للخصومة قحما وفي الفايق انه وكل اخاه عقيلا بالخصومة
ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر وكان لا يحضر الخصومة ويقول ان لها قحما وان الشياطين
تحضرها اي مهالك وشدايد وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه وقال
الخصاف في ادب القاضي حدثنا معاذ ابن اسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن
المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم ابن ابي الجهم عن عبد الله بن جعفر ان عليا كان لا
يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما يحضرها الشياطين فجعل الخصومة الى عقيل
فلما كبر ورق حولها الي فكان علي يقول ما قضي لوكيلي فعلي الا هذا لفظ كتاب
الخصاف وفي هذا الحديث دليل على ان عليا لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا وهو
مذهب عامة الفقهاء لصنيع علي رضي الله عنه وقال بعض العلماء الاولى ان يحضر بنفسه
لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على
ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون
انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا
وجوابه ان تاويل الاية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح
ادب القاضي واما التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فانما لم يجز غيبة الموكل لشبهة
العفو والحدود يندري بها والظاهر العفو لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف
حضرة الموكل لانعدام الشبهة وبخلاف حال غيبة الشهود حيث تستوفي الحدود والقصاص

ح

مع غيبتهم وان كان رجوعهم محتملا لان الظاهر عدم رجوعهم احترازا عن
الكذب والفسق واما التوكيل باثبات الحدود والقصاص فجايز عند ابي حنيفة
خلافا لابي يوسف وزفر على اضطراب قول محمد وجه قول ابي يوسف
ان خصومة الوكيل بدل عن خصومة الموكل ولا مدخل للابدال في باب الحدود
والقصاص ولهذا لا يثبت بشهادة رجل وامراتين ولا بالشهادة على الشهادة
ولا يجوز التوكيل باستيفائها اتفاقا مع غيبة الموكل وجه قول ابي حنيفة
رضي الله عنه ان ثبوت الحدود والقصاص تعتمد على حجة كاملة عند القاضي
وقد وجدت الحجة كاملة فيجب استيفاؤها فاذا جاء اوان الاستيفاء فلا يستوفي
الا بحضور الموكل كذا في شرح ادب القاضي بخلاف شهادة رجل وامراتين و
الشهادة على الشهادة فان تلك الحجة قاصرة فلم يجز استيفاء الحدود والقصاص بها
وكون الوكيل بدلا لا يخل بظهور الحق بعد وجود الحجة الكاملة ولهذا اذا قضى
بها نايب القاضي جاز ولان الاصل في اضافة الحكم هو العلة والحكم
هنا وهو وجوب الحد والقصاص مضاف الى الجناية وهي العلة وظهور ذلك
عند القاضي يثبت بالشهود فبقيت الخصومة في ذلك شرطا محضا لا حظ
لها في الوجوب والظهور فاشبهت ساير الحقوق فجاز التوكيل بالخصومة باثبات
الحدود والقصاص كما في ساير الحقوق لان التوكيل فيها اثبات حق لا يورث فيه
الشبهة وقوله في ساير الحقوق قال الجوهري في كتاب الراي في فصل السين
مع الياء ساير الناس جميعهم قالوا انه وهم من وجهين احدهما في تفسيره لان الساير
بمعنى الباقي لا بمعنى الجميع **والثاني** انه اورده في الاجوف وهو مهموز العين وفي
المثل ساير اليوم اليوم وقد زال الظهر من سار يسير بمعنى بقي يضرب لطالب
الشيء بعد الياس منه ويجوز ان يراد بالساير الجمع مجازا **قوله** وليس كل احد
يحسن الاستيفاء هذا جواب سوال مقدر بان يقال ينبغي ان لا يجوز التوكيل
باستيفاء الحدود والقصاص حال حضرة الموكل وهو القياس لانه استيفاء بما قام

مقام الغير فصار كالشهادة على الشهادة فاجاب عنه وقال انما جاز التوكيل
باستيفائهما حال حضرة الموكل وهو الاستحسان لانا لو لم نجوز النيابة بطلت
الحدود والقصاص لان المستحق لهما ربما لا يحسن استيفاءهما فلا بد من استنابة
من يقدر عليه لكي لا يضيع الحقوق وقال في شرح الاقطع قال الشافعي
يجوز الاستيفاء مع غيبة الموكل وهذا لا يصح لانه يستوفي القصاص مع تجويز العفو
الظاهر اصله اذا ادعى القاتل العفو وزعم ان له بينة فان قيل حق يدخله
النيابة فجاز ان يتوكل في استيفائه مع غيبته كالدين قيل الدين لا يسقط بالشبهة
ويمكن استدراكه بعد استيفائه واكثر الاحوال ان يكون صاحب الدين قد ابراه منه وهذا
لا يمنع الاستيفاء والقصاص بخلافه فيه ترغيب الشبهة ولا يمكن استدراكه بعد الاستيفاء
فاختلفا **قوله** وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة اي جواز التوكيل
باثبات الحدود والقصاص **قوله** وكان الاستيفاء يعني قال ابو يوسف التوكيل
استيفاء الحدود والقصاص مع غيبة الموكل لا يجوز بالاتفاق لشبهة النيابة
فينبغي ان لا يجوز التوكيل باثباتها ايضا لهذا المعنى **قوله** وعلى هذا الخلاف التوكيل
بالجواب من جانب من عليه اي اذا وكل من عليه الحد او القصاص رجلا به
بالجواب عنه قال ابو حنيفة يجوز وقال ابو يوسف لا يجوز وقول محمد مضطرب
لكن لا يصح اقرار الوكيل على موكله بان قال قتل موكلي القتيل الذي يدعيه الولي
لشبهة عدم الامر بذلك وان كان الوكيل بالجواب صحيحا على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه
قوله وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون
الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم
هذا لفظ القدوري في مختصره وقول الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع قال
صاحب الهداية ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم يعني يجوز التوكيل
بلا رضا الخصم بالاتفاق لكن لا يلزم الوكالة عند ابي حنيفة وتلزم عندهما
وفسره الشارحون بقولهم يرتد الوكالة عنده برد الخصم وعندهما لا يرتد فعلى
هذا يكن

هذا يكون معنى قول القدوري لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم اي
لا يلزم اطلاقا لاسم اللازم على الملزوم لان الجواز من لوازم اللزوم وذكر
شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب اثبات الوكالة ان
التوكيل عند ابي حنيفة بغير رضا الخصم صحيح ولكن للخصم ان يطالب
الموكل بان يحضر بنفسه ويجيب فلا يسقط حق الخصم في مطالبة الخصم بالجواب
بنفسه وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف التوكيل بغير
رضا الخصم لا يقع لازما وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يقع لازما وهذا
الذي ذكروه خلاف ما يفهم من ظواهر الفاظ محمد بن الحسن والحسن ابن زياد و
الطحاوي وغيرهم من الكبار رضي الله عنهم الا ترى الى ما قال محمد بن
الحسن في الاصل واذا وكل الرجل رجلا بالخصومة في دعوى يدعيها وهو مقيم
بالبلد فانه لا يقبل منه ذلك الا برضا من خصمه الا ان يكون مريضا وان
كان غائبا فلا يقبل وكيله الا ان يكون غيبته مسيرة ثلثة ايام فصاعدا
فيقبل منه الوكالة وهذا قول ابي حنيفة وكذلك المراة والرجل في ذلك
سواء وقال ابو يوسف ومحمد يقبل في جميع ذلك من الحاضر والغايب من
علة وغير علة وكذلك الرجل والمراة في ذلك سواء وقال ابو يوسف ومحمد
نقبل ذلك كله في الوكالة وان سخط الخصم الى هنا لفظ محمد في الاصل وقال
الحسن ابن زياد في كتابه المسمى بالمجرد قال ابو حنيفة في رجل اراد ان
يخاصم رجلا في حق له مال او في دار فاراد ان يوكل وكيلا انه لا ينبغي للقاضي
ان يقبل منه وكيلا وهو حاضر الا ان يكون غائبا او مريضا فيقبل منه وكالة
الوكيل الذي وكله في ذلك وكذلك المراة اذا كان بينها وبين رجل
خصومة وهي طالبة او مطلوبة فلا ينبغي له ان يقبل منها وكيلا الا ان تحضر بنفسها
او تكون مريضة او غايبة او يكون القاضي يقضي بين الناس في المسجد وهي
معتلة من الحيض فيقبل منها وكيلا الى هنا لفظ كتاب المجرد وقال الخصاف

في ادب القاضي وقال ابو حنيفة لا اقبل وكالة من حاضر صحيح الا ان
يرضى خصمه بذلك فان كان رجل يريد سفرا قبلت وكالته وكذلك ان كان
مريضا لا يقدر على حضور المجلس اعني مجلس القاضي مع خصمه قبلت وكالته
وقال ابو يوسف اقبل وكالة الحاضر الصحيح وان لم يرض خصمه لان هذا ارفق بالناس
الى هنا لفظ الخصاف ولم يذكر قول محمد وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي
في مختصره وليس له ان يوكل في خصومة لنفسه ولا في خصومة فيما يطالبه به غيره
الا برضا من تخاصمه بذلك الا ان يكون مريضا لا يستطيع الحضور للخصومة او
يكون غايبا على مسيرة ثلثة ايام ولياليها فانه اذا كان كذلك قبلت الوكالة منه
في هذا وهذا قول ابي حنيفة وسواء عنده في ذلك الرجال والنساء واما ابو يوسف
ومحمد فيقولان الوكالة في ذلك جايزة من الناس جميعا رضي الخصم او لم يرض الى هنا لفظ
الطحاوي رحمه الله وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي التوكيل بالخصومة
عند ابي حنيفة لا يجوز الا برضا الخصم سواء كان وكيل المدعي او وكيل المدعا عليه الا من
عذر والعذر سفر او مرض ويستوي عنده ان كان الموكل رجلا او امراة بكرا كانت
او ثيبا وقال صاحباه يقبل الوكالة من الرجال والنساء جميعا في جميع الاحوال ثم قال
في شرح الطحاوي وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر ولا يقبل من الثيب ولا من الرجل وقال
ابو الحسن الكرخي في مختصره الوكالة في الخصومة جايزة في جميع الحقوق التي تجوز
المطالبة بها كان الموكل بذلك الطالب والمطلوب في قول ابي يوسف ومحمد
وكذلك قال ابو يوسف الا في الحدود والقصاص واللعان فانه لم يجز الخصومة في ذلك
وكان ابو حنيفة لا يقبل الوكالة في الخصومة من حاضر في المصر صحيح فان كان
مريضا في المصر او غايبا عنه قبل وكالته في الخصومة قال معلى عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة لا اقبل الوكالة في الخصومة من رجل ولا من امراة بكر وان
كانت شريفة الا من عذر مرض او غيبة وقال ابو يوسف ومحمد ذلك جايز وان
كان الموكل حاضرا غير مريض الى هنا لفظ الكرخي وذكر شمس الايمة البيهقي في
الشامل

الشامل في قسم المبسوط لا يصح التوكيل بغير رضا الخصم وعندهما يصح فان كان مريضا
او مسافرا جاز وقال في كفاية التوكيل بغير رضا الخصم وان كانت الموكل امراة
شريفة لا تجوز الا من عذر مرض او غيبة عند ابي حنيفة رح وعندهما تجوز
وقال في المختلف والحصر التوكيل بغير رضا الخصم لا يصح وقالا يصح وهو قول
ابن ابي ليلى وقال الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف قال
ابو حنيفة لا اقبل وكالة الا برضا الخصم فان اراد سفرا او كان مريضا لا يقدر على
حضور مجلس القاضي قبلت وكالته وقال ابو يوسف اقبله على كل حال
لانه ارفق بالناس وقول محمد مثل قول ابي يوسف وقال في خلاصة الفتاوي
التوكيل من غير رضا الخصم والموكل صحيح مقيم لا يصح وعندهما يصح والفقيه ابو
الليث كان يفتي بقولهما وقال شمس الايمة الحلواني في ادب القاضي المفتي
مخير في هذه المسئلة ان شاء افتى بقول ابي حنيفة وان شاء افتى بقولهما قال
رحمه الله ونحن نفتي ان الراي الى القاضي واما المريض والمسافر فيصح توكيلهما والبكر
والثيب والمسلم والذمي سواء في هذا وقال مشايخنا في المخدرة يصح من
غير رضا الخصم وفي ادب القاضي لشمس الايمة الحلواني المراة التي تخرج في حوايجها
ليست بمخدرة الى هنا لفظ خلاصة الفتاوي والظاهر من هذه الروايات
يدل على نفي جواز التوكيل عند ابي حنيفة بلا رضا الخصم الا من عذر وقال في شرح
الاقطع فاما المراة التي لم تجر عادتها بالخروج ولا حضور مجلس الحكم فكان الشيخ
ابو بكر الرازي يقول يجوز لها ان توكل لانها لم تالف خطاب الرجال فاذا
حضرت مجلس الحكم انقبضت فلم تنطق بحجتها فلحقها بذلك ضرر
فسقط عنها الحضور فجاز لها ان توكل ثم قال قال الشيخ ابو بكر وهذا شيء
استحسنه المتاخرون من اصحابنا فاما ظاهر الاصل فيقتضي خلاف ذلك ثم
وجه قولهما ظاهر وهو ان التوكيل بالخصومة تصرف من الموكل في حق نفسه
فيصح بلا رضا الخصم كما لو وكل في ساير حقوقه من ايفاء الدين واستيفايه ولان

عليا رضي الله عنه وكل عقيلا بالخصومة ولم ينقل عنه اشتراط رضا الخصم ولابي
حنيفة رضي الله عنه ما روى اصحابنا في كتبهم في حديث ام سلمة عن النبي صلى الله عليه
اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهم في المجلس والنظر قال العلماء لما ولاه القضا
ولا نقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر بيانه ان القاضي لما كان مامورا بالتسوية
بين الخصوم لم تجوز ان يصوت احد الخصمين ويبتذل الاخر فلم تجز التوكيل بالخصومة
بلا رضا الخصم ولان الخصومة حق تختلف باختلاف من يتولاه فلا تجوز بغير
رضا الخصم كالحوالة بالدين ولان الجواب حق للمدعي على المدعا عليه على وجه
يبطل بطلبه ويترك بتركه وهو الذي ينتفع به على الخصوص وهذا اية كونه
حقا للعبد وفي التوكيل نقل هذا الحق الى الغير على وجه لا يعرى عن الضرر
بصاحب الحق لان الناس يتفاوتون في الخصومات وفي جواب الخصومات فرب
انسان يصور الباطل بصورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه فيحتمل
ان الوكيل ممن له حذق في الخصومات فيتضرر بذلك الخصم فيشترط رضاه والدليل
على تفاوت الناس في الخصومات قول النبي صلى الله عليه انكم تختصمون الي ولعل
بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال اخيه فلا ياخذ فانما اقطع
له قطعة من نار ذكره في ادب القاضي والاسرار ايضا وحديث مالك في كتاب
الاقضية من الموطا عن هشام ابن عروة عن ابيه عن زينب بنت ابي سلمة
عن ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه ان رسول الله عليه قال انما انا بشر وانكم
تختصمون الي فلعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما
اسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذن منه شيئا فانما
اقطع له قطعة من النار **قوله** خلا ان المريض والمسافر متصل بقوله الا ان
يكون الموكل مريضا او غايبا يعني تجوز التوكيل حينيذ بلا رضا الخصم لعدم وجوب
الجواب عليهما لعجزهما احدهما بالمرض والاخر بالغيبة وهذا لان الجواب
لو لم يسقط عنهما لزم الحرج قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج **قوله**
ثم

ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة قال
قاضي خان في فتاواه لكن لا يصدق في انه يريد السفر والقاضي ينظر الى عدة سفره
ويسئل عمن يريد ان تخرج معه فيسال عن رفقايه كما في فسخ الاجارة يعني اذا اراد
المستاجر فسخها بعذر السفر فبمجرد قوله اريد السفر لا يثبت العذر اذا لم
يصدقه الاخر لكن يسال القاضي فيقول له مع من تريد الخروج ثم يسال رفقته فان
قالوا نعم تحقق العذر وهو السفر في فسخ الاجارة فكذا هنا كذا في الفتاوى الصغرى
قوله قال الرازي اراد به ابا بكر الجصاص احمد ابن علي الرازي وهو صاحب
التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع واحكام القران واليه انتهت رياسة
اصحاب ابي حنيفة ببغداد بعد الشيخ ابي الحسن الكرخي وكانت **ولادته سنة**
خمس وثلثماية ومات سنة سبعين وثلثماية **قوله** قال وهو شيء استحسنه المتا
خرون اي قال ابو بكر الرازي في باب الوكالة بعلامة البينين في واقعات
الصدر الشهيد امراة لا تخرج من البيت توكلت وكيلا بالخصومة فوجبت
عليها اليمين ان كانت ممن لا تعرف بالخروج من بيتها ومخالطة الرجال في الحوايج
يبعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الاخران على
يمينها او نكولها **قوله** قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك
التصرف ويلزمه الاحكام اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه و
الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ثم انما شرط في الوكالة ان يكون الموكل ممن
يملك التصرف لان الوكيل يستفيد التصرف من الموكل فاذا كان لا يملك الموكل
بنفسه لا يملكه الوكيل قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب ابي يوسف
ومحمد لانه لو كان شرط الوكالة ان يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب ابي حنيفة
لم تجز ان يوكل المسلم الذمي ببيع خمر او شرايها وهو جايز على مذهب ابي حنيفة
مع ان المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم انه ليس بشرط على مذهبه بل الشرط
عنده ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ولهذا قال لا عقد لا يجوز

للموكل ان يباشره بنفسه لا يجوز للوكيل ان يباشره له كما لو وكله ببيع
الدم والميتة **قلنا** ينتقض هذا الكلي بعقد الصرف فانه لا يجوز للموكل
ان يباشره بنفسه اذا كان غايبا ويجوز للوكيل ان يتولاه وكذلك الحاكم
لا يجوز ان يحكم لنفسه ويجوز ان يحكم له غيره والقياس على الدم والميتة
ضعيف لان اهل الذمة لا يعتقدونه مالا فلا يملك الوكيل تصرفه بخلاف
الفرع فانه عندهم مال ثم هذا الشرط الذي شرطه القدوري
يستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القايل الاستقامة على مذهبهما لانه
لم يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة لها شرط في الموكل و
شرط في الوكيل فالاول ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام و
الثاني ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع ويقصده ومعنى قوله ان له ولاية شرعا
في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف
وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا او شراء لان المسلم
الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا في جنس التصرف في الانفراد على وجه يلزمه
حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الاخر وهو ان يعقل البيع ويقصده
حاصل في الوكيل ايضا وهو الذمي لا يعقل معنى البيع والشراء ويقصده فصح
الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي
لولا ان هدانا الله وانما شرط ان يكون الموكل ممن يلزمه الاحكام احترازا
عن الوكيل اذا وكل غيره حيث لا يصح توكيله بما وكل به الا اذا اطلق له الموكل
او تجيز ذلك او فعل وكيل الوكيل بحضرة موكله لان حكم العقد وهو الملك لا يلزم الوكيل
بل يلزم الموكل ولهذا لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا يملك الوكيل بالبيع الثمن
قيل هذا احتراز عن الصبي المحجور والعبد المحجور فانهما اذا اشتريا شيئا لا
يملكانه فلا يصح توكيلهما ايضا وهذا هو الاصح من الاول وانما شرط ان يعقل
العقد بان يعرف ان البيع سالب للملك والشرا جالب وعرف الغبن الفاحش

لانه

لانه اذا لم يعقل ذلك كالصبي الذي لا يعقل والمجنون الذي لا يعقل لا يصح
وكالتهما اذ لا يتعلق بقولهما حكم وليس لهما قول صحيح وانما شرط ان
يقصد العقد احترازا عن الهازل لان من شرط الوكالة ان لا يهزل الوكيل في
البيع والشراء **قوله** واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز هذا
لفظ القدوري في مختصره وكان ينبغي ان يقيد بالعاقل ايضا لان المجنون
اذا وكل غيره لا يصح وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان الغالب
احوال الحر البالغ ان يكون عاقلا وكونه مجنونا نادر وانما اطلق المأذون
حتى يشمل العبد والصبي الذي يعقل البيع والشرا اذا كان ماذونا في التجارة
لان توكيل الصبي المأذون غيره جايز كساير تصرفاته بخلاف ما اذا كان الصبي
محجورا حيث لا يجوز له ان يوكل غيره وانما جاز توكيل الحر العاقل البالغ وتوكيل
المأذون لوجود شرط الوكالة وهو ان يكون مالكا للتصرف بولاية شرعية و
الوكيل ممن يعقل البيع والشرا ويقصده فاذا وجد الشرط والمانع منتف تحقق الحكم
وهو صحة الوكالة وكذلك يجوز للصبي ان يوكل ولهذا قال في الشامل في قسم المبسوط
للصبي ان يوكل لانه يتصرف بالولاية كالاب **قوله** وان وكل صبيا محجورا يعقل
البيع والشرا او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما
هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع قال الشافعي لا يجوز توكيل
الصبي وجه قوله انه غير مكلف فصار كالمجنون **ولنا** انهما من اهل العبادة
لان كلامهما ينبي عن معنى مفهوم فصح توكيلهما كالبالغ والمجنون ليس كذلك لانه لا
يقصد البيع فصار كالهازل فلم ينعقد بيعه وفي اعتبار عبارة الصبي نفع محض
له فصح كاحتطابه واحتشاشه وهذا لان الآدمي يتميز من ساير الحيوانات
بالنطق فيعتبر كلامه كيلا يلزم الحاقه بالبهيمة والعبد مالك للتصرف على نفسه
لكونه مكلفا الا انه لا يملك التصرف في حق مولاه كيلا يلزم الضرر به ولهذا
لا يلحقه العهدة في حق المولى وكذا لا يلحق العهدة الصبي لانه ليس باهل للضرر لقصور

ولا يتم بعدم البلوغ فاذا جاز توكيلهما ولم يلحق العهدة بهما لحقت العهدة بموكلهما
لانه اقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما قال في شرح الاقطع وذكر عن ابي يوسف
ان المشتري ان علم ان بايعه صبي او محجور عليه لم يتعلق الحقوق به وان لم يعلم ثم
علم ثبت الخيار له لانه اذا لم يعلم فالظاهر انه دخل في العقد على ان حقوقه
يتعلق بالعاقد واذا لم يكن كذلك صار بمنزلة العيب ويثبت له الخيار وقال في
خلاصة الفتاوى الوكيل بالبيع اذا كان صبيا ان كان ماذونا فالعهدة عليه استحسانا
وان كان محجورا فعلى الامر وكذا العبد المحجور **قوله** كما اذا عثر على عيب والجامع عدم
الرضا **قوله** قال والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه
الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه يتعلق بالوكيل دون الموكل اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه فيسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى
ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم وقال في بعض نسخه والعقد الذي يعقده اي
جنس العقد قال في شرح الاقطع قال الشافعي الحقوق تتعلق بالموكل ووجه قوله
ان حكم العقد هو الملك يقع للموكل فكذا ما كان حقا للملك لان حق الملك تبع للملك
فصار الوكيل في البياعات كالوكيل في النكاح وكالرسول **ولنا** ان
الوكيل هو العاقد فقد اضاف العقد الى نفسه وهو ممن يلزمه الضمان بعقده لانه
حر مكلف فتعلقت الحقوق به والعهدة عليه كالعاقد لنفسه ولا يلزم الصبي
المحجور والعبد اذا صارا وكيلين حيث لا يلزمهما العهدة دفعا للضرر كما بينا قبل
هذا ولا يلزم القاضي وامينه ايضا لان ايجاب الضمان عليهما يمنع القضاء لانه يصير
خصما فلا يصح قضاء الخصم واورد الشيخ ابو نصر البغدادي في هذا المقام سوالا وجوابا
فقال فان قيل الثمن حق للموكل فجوز للوكيل المطالبة به جاز للموكل ان
يطالب به اصله ساير الحقوق قيل لا نسلم ان الثمن حق للموكل بل هو للوكيل
يتعين به حق الموكل لهذا تجوز البراءة منه ولان الوكيل لا يطالب بالثمن بمقتضى
الوكالة وانما له المطالبة عندنا بحكم عقده ولهذا لو عزله الموكل عن المطالبة لم ينعزل
وساير

وساير الحقوق بخلاف ذلك قال في الفتاوى الصغرى حق القبض في
البيع للوكيل ولو قبض الموكل صح وقال هذا في غير الصرف اما في الصرف
فلا يجوز قبض الموكل لانه بمنزلة الايجاب والقبول ونقله عن اخر صرف
الكافي من شرح الصدر الشهيد قال في الفتاوى الصغرى ايضا الوكيل
ما دام حيا وان كان غايبا لا ينتقل الحقوق الى الموكل وقال ايضا ذكر
الفضلي ان الوكيل بالبيع اذا مات عن وصي فالحقوق ينتقل الى وصيه
دون الموكل ولو مات ولم يوص يرفع الامر الى القاضي لينصب وصيا وهو قول
بعض مشايخنا وقال بعضهم ينتقل الى موكله ولانه قبض الثمن ونقله عن اخر الباب
الاول من شهادات الجامع ثم اعلم ان المشايخ اختلفوا في ان الملك يثبت
للوكيل بالشراء ثم ينتقل منه الى الموكل او يثبت للموكل ابتداء قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي ومن تابعه بالاول واليه ذهب بعض اصحابنا
وهو اختيار قاضي خان كذا في التحرير وهو مذهب جماعة من اصحابنا قالوا ان
الملك يثبت للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل الا ان الموكل
قام مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق فيثبت للموكل على وجه
الخلافة عن الوكيل كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فيقع الملك فيه للمولى على
وجه الخلافة واليه ذهب صاحب الهداية بقوله وهو الصحيح قال في الفتاوى
الصغرى قال شمس الائمة السرخسي قول ابي طاهر اصح وقول الشافعي كقول
ابي طاهر كذا في شرح الاقطع قال في الفتاوى الصغرى ذكر الصدر الشهيد ان
القاضي ابا زيد خالفهما فقال الوكيل نايب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق
فان الحقوق تثبت له ثم ينتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق
ووافق ابا طاهر في حق الحكم وهذا حسن ووجه قول ابي طاهر ان الوكيل اذا
اشترى ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه فلو ثبت الملك له يعتق ووجه قول
ابي الحسن ان الوكيل اذا خالف لزمه المشتري فلو لم ينتقل الملك اليه لم يلزمه

بالمخالفة كما لا يلزم الوكيل بالنكاح اذا خالف دلّ على انتقاله اليه وان لم يخالف
ولا يرد الصبي المحجور والعبد المحجور لانهما اذا خالفا لا ينتقل الملك اليهما ولا
يلزم القاضي اذا اعتق على مال الصغير على وجه لا يجوز على الصغير ان المعتوق
ينتقل اليه وان كان لو لم تخالف لم ينتقل لان من اصحابنا من قال ان الملك
ينتقل اليه ولكن لا يلزمه الضمان كيلا يضيع امور المسلمين بتقاعد الناس عن
القضاء تحرزا عن الضمان ومنهم من قال ان القاضي اذا اعتمد العقد على وجه
لا يجوز خرج من القضاء وصار عقده كعقد الوكيل وان فعله لكن ساهيا لم
يخرج من القضاء ولم ينتقل الملك اليه كما لا ينتقل الى العبد المحجور جواب
قوله الظاهر ان نفوذ العتق يحتاج الى الملك مستقر وايم وملك الوكيل غير
مستقر ولا دليل الا ترى انه يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار
الوكالة السابقة كما قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حنث على قبضها فاجاز
مولاها فانه تصير الامة **مهر الحق** ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج
فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فلذلك هنا **قوله**
وصار كالرسول اي صار الوكيل في عدم تعلق الحقوق به كالرسول في البيع حيث
لا يتعلق به صورة ارسال الرسول ان يقول البايع بعت عبدي هذا من فلان الغائب
بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له بعت الرسول فاخبره بما قال فقال المشتري
في مجلسه لكن اشتريت او قال قبلت تم البيع بينهما كذا ذكر في اوايل كتاب البيوع في
شرح الطحاوي **قوله** واذا كان كذلك كان اصلا اي اذا كان الوكيل عاقدا
حقيقة وحكما كان اصلا في الحقوق فيتعلق به اي تتعلق الحقوق بالوكيل **قوله**
في الكتاب اي في مختصر القدوري **قوله** خلافة عنه اي عن الوكيل **قوله**
كالعبد يتهب وضبطا اي يقبل الهبة يعني يثبت الملك للوكيل على وجه الخلافة
عن العبد بعقده وقبضه قال الكرخي في مختصره في اخر كتاب الهبة اذا
وهب رجل لعبد جارية فالقبول الى العبد فان قبل وقبض صحت الهبة وكان الملك
للمولى

للمولى ولا يجوز قبول المولى ولا قبضه كان العبد ماذونا او لم يكن الى هنا لفظ الكرخي
قوله هو الصحيح اي ثبوت الملك للموكل خلافة عن الوكيل هو الصحيح وهذا
احتراز عن قول ابي الحسن الكرخي وقد مر بيانه **قوله** وفي مسئلة العيب
تفصيل نذكره يعني ان الخصومة في العيب للوكيل وعليه لكن فيها تفصيل سيذكر
في الباب الذي بعد هذا عند قوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب
قوله قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
فان حقوقه يتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم
وكيل المرأة تسليمها اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوكيل لا بد له من الاضافة
في تلك العقود الى الموكل لانه لو اضاف العقد الى نفسه لا يقع عن موكله فلما لم يكن
بد من اضافة العقد الى الموكل كان الوكيل بمنزلة السفير لم يتعلق حقوق
العقد به كالرسول وانما لم يكن له بد من اضافة العقد الى الموكل في هذه العقود لان هذه
العقود لا يقبل الحكم فيها الفصل عن السبب لان السبب هو العقد اذا وجد
وجد معه الحكم لا محالة لان فيها معنى الاسقاط اما الخلع والصلح عن دم
العمد فظاهر واما النكاح فان فيه معنى الاسقاط ايضا لان الاصل في المرأة التي خلقت
محلا للنكاح المالكية فبعقد النكاح يسقط عنها نوع المالكية والساقط لا
يعود فلا يمكن ان يقال يسقط عنها هذه المالكية لاجل الوكيل وتثبت
للوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان الساقط يتلاشى فلما لم يقبل الحكم الفصل عن
السبب وقع العقد لمن اضيف اليه فان اضيف الى الموكل وقع له وان اضيف الى
الوكيل وقع له فلم يتصور ان يصير العقد من شخص باضافته اليه وثبوت
حكمه لغيره فبقي الوكيل سفيرا محضا بخلاف البيع والاجارة فان الوكيل في
ذلك يستغني عن اضافة العقد الى موكله ولهذا لا يشترط ذلك فيهما على ان
الحكم يقبل الفصل عن السبب لانه لا يلزم عن وجود العقد وهو السبب وجود
الحكم وهو الملك لا محالة كما في البيع بشرط الخيار فاذا كان كذلك قلنا

ثبوت الحكم وهو الملك اولاً للوكيل ثم انتقل منه الى الموكل على ما ذهب اليه
الكرخي وفي باب النكاح يثبت الحكم اولاً للموكل لعدم انفكاك الحكم
عن السبب هذا معنى تقرير صاحب الهداية فافهمه ان شاء الله تعالى وقد تكلف
في بعضهم بحر ثقيل وجملة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي بقوله اعلم
ان حقوق العقد في البيع والشراء والاجارة والاستيجار وما كان مبادلة
مال بمال ترجع الى العاقد في حقوق عقده كالمالك والمالك كالاجنبي وهذا
اذا كان الوكيل اهلاً لان يعقد لنفسه واما اذا لم يكن اهل العقد لنفسه فلا ينصرف
حقوق العقد اليه وانما ينصرف حقوق العقد الى الموكل كالعبد المحجور والصبي المحجور
المعتوه المحجور الذي يعقل البيع والشرا وحقوق العقد هي قبض الثمن وتسليمه فلو
ان الموكل طلب المشتري بالثمن ليس له ذلك ولو امر الوكيل الموكل بقبض الثمن فانما
طالبه بالثمن اجبر المشتري على تسليم الثمن اليه فلو نهى الوكيل الموكل عن قبض
الثمن صح نهيه ولو نهى الموكل الوكيل عن قبضه فانه لا يصح نهيه غير ان المشتري
لو نقد الثمن الى الموكل برئ من الثمن استحساناً ولو كان الوكيل هو الذي ابرا
المشتري من الثمن او وهبه له او ابراه عن البعض او حط عنه فان ذلك كله جائز
ويضمن الوكيل للموكل ما سقط عن المشتري وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما
وقال ابو يوسف لا يصح ابراؤه ولا هبته ولا حطه وكذلك اذا اخر الوكيل الثمن
هو على هذا الخلاف ولو فعل ذلك الموكل صح ذلك بالاجماع وللوكيل ان
يطالب البايع بتسليم المبيع اذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب الموكل به ولو
استحق المبيع رجع ولكن المشتري وجد به عيباً فله ان يخاصم الموكل فاذا
اثبت عليه العيب ورده عليه بقضاء قاض اخذ الثمن من الوكيل اذا نقده
اليه ولو نقد الثمن الى الموكل اخذه وكذلك الوكيل بالشرا هو المطالب بالثمن
دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع من البايع دون الموكل فاذا استحق المبيع فهو
الذي يتولى الرجوع بالثمن على البايع دون الموكل لانه هو الذي يقبض المبيع
من البايع

الثمن م

من البايع ولو وجد بالمبيع عيباً فانه ينظر ان كان المبيع في يده بعد ولم يسلمه
الى الموكل فله ان يرده عليه بالعيب فلو كان سلمه الى الموكل فلا يرده
الا برضا الموكل وكذلك هذا الحكم في الاجارة والاستيجار ولو كان هذا وكيلاً
في المبادلة التي هي مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والعتق على مال فان الوكيل في هذه العقود
معبّر وسفير وينصرف حقوق العقد الى الموكل
دون الموكل فانه كان الوكيل بالنكاح وكيل الزوج فلا يواخذ الوكيل بالمهر وانما
يواخذ الزوج الا اذا ضمن فيواخذ بها بالضمان لا بالعقد وكذلك لو كان الوكيل
وكيل المراة ليس له قبض المهر وكذلك الوكيل بالمكاتبة ليس اليه قبض بدل
الكتابة وكذلك الوكيل بالخلع ان كان وكيل الزوج ليس اليه قبض بدل
الخلع وان كان وكيل المراة فلا يواخذ ببدل الخلع الا اذا ضمن وكذلك الوكيل
بالصلح عن دم العمد فهو على هذا الى هنا لفظ الاسبيجابي في شرح الطحاوي
قوله والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الا
نكار والضرب الثاني مبتدا من اخواته العتق جملة وقعت خبراً له اي
من اخوات الضرب الثاني العتق على مال وانما اراد بالضرب الثاني كل عقد يضيفه
الوكيل الى موكله فيتعلق حقوق العقد بالموكل لا بالوكيل جعل الكتابة من قبيل مبادلة
ما ليس بمال بما هو مال لان بدل الكتابة مقابلة فك الحجر وكذا جعل الصلح على الانكار
من هذا القبيل لان بدل الصلح مقابلة دفع الخصومة في حقوق المدعا عليه **قوله**
فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول اراد به الصلح عن
اقرار وجعله جارياً مجرى البيع لانه مبادلة مال بمال فكان حكمه حكم البيع
فتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل **قوله** والوكيل بالهبة والتصدق
والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضاً يعني اذا وكل رجلاً ليهب عنه
من فلان او يتصدق عليه او يعيره او يودعه او يرهنه عنده ففعل ما امر به
صح لان الموكل وكل غيره بما يملكه بنفسه وكان الوكيل سفيراً بحيث يتعلق
حقوق العقد بموكله لانه يحق الرجوع في الهبة واسترداده الى يده ولم

يكن للوكيل ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن في يده لانه يضيف
العقد الى موكله ويقول وهبته لك موكلي او رهنه والتحقيق في ان هذه الاشيا
لا يثبت الحكم فيها قبل القبض وانما يثبت بالقبض والقبض يقع على محل مملوك
لغير الوكيل لان الوكيل يضيف العقد الى الغير كما قلنا فاذا كان كذلك لم يمكن ان
تجعل الوكيل اصلا في حق الحقوق فكان سفيرا وهذا معنى قوله لان الحكم فيها
يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا تجعل اصلا والضمير في وانه
يرجع القبض **قوله** وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس يعني اذا كان الوكيل
من جانب الملتمس والمرتهن والموهوب له يكون الوكيل سفيرا ايضا لا يتعلق
حقوق العقد به بل تتعلق بالموكل لان الوكيل يضيف العقد الى موكله **قوله**
وكذا الشركة والمضاربة يعني ان الوكيل في هذين العقدين سفير ايضا لا يتعلق
حقوق العقد به بل يتعلق بالموكل لان الوكيل لا بد له من اضافة العقد الى
موكله فكان سفيرا حتى لو اضاف العقد الى نفسه لا يقع عن موكله **قوله** الا ان التوكيل
بالاستقراض باطل هذا استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس
قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل بان العبارة للوكيل والمحل الذي
امره بالتصرف فيه ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر
بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة
فانه صحيح مع ان الوكيل امره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المصنف
ما فهمه هذا القايل بل معناه ان الوكيل بالاستقراض اذا اضاف العقد الى نفسه
وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل
الا اذا اضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال ارسلني فلان
اليك يستقرض كذا فحينيذ يصح الاستقراض ويقع للموكل وليس للوكيل ان يمنع
الموكل عنه فافهمه ففيه غنية عن تطويل لا طايل تحته **قوله** قال واذا طالب
الموكل بالبيع المشتري فله ان يمنع اي قال القدوري في مختصره **اعلم** ان الموكل
بالبيع

بالبيع اذا طالب المشتري بالثمن فللمشتري ان يمنعه عنه لان الموكل اجنبي عن حقوق
العقد لان الحقوق تتعلق بالعاقد وهو الوكيل ولهذا اذا نهاه الوكيل صح ذلك
فلو نهاه الموكل عن قبض الثمن لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن
الوكيل ولكن مع هذا لو دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز وبرى المشتري من
الثمن استحسانا وقد بينا ذلك عن شرح الطحاوي قبل هذا وليس للوكيل
ان يطالب ثانيا لان القبض وان كان حق الوكيل لكن نفس الثمن ملك الموكل فلا
فايدة في الاسترداد منه ثم الدفع اليه **قوله** ولهذا لو كان للمشتري على
الموكل دين يقع المقاصة هذا ايضاح لكون الثمن المقبوض حق الموكل **اعلم**
ان الوكيل بالبيع يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاقالة والابراء والمقا
صة بما على الوكيل عندهما وقال ابو يوسف لا يملك ذلك كذا في الفتاوى الصغرى
وجه قوله انه تصرف في ملك الغير بلا رضاه وجه قولهما انه تصرف في
حقوق العقد فصح ثم من ضرورته اسقاط الحقوق اسقاط الملك فصار كانه
اتلف ملك الموكل فوجب الضمان قال محمد في الاصل ولو كان البايع ابرا
المشتري يعني ان الوكيل ابراه من الثمن فهو جايز وهو له ضامن
وكذلك لو وهبه له وكذلك لو اشترى متاعا وكانت دنانير فاخذ بها منه
فهو ضامن للثمن والذي اشترى هو له وكذلك لو صالحه عليه صلحا
لم يشتري وكذلك لو اخر عنه الثمن الى اجل كان ضامنا للثمن وجاز التاخير
ولو حط عنه وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد قال ابو يوسف لا يجوز شي
مما صنع من هذا من هبة وغيرها والمال على حاله على المشتري الى هنا لفظ محمد
في الاصل في باب الوكالة بالقيام على الدار وقال في الفتاوى الصغرى ثم في وقوع
المقاصة ان كان دين المشتري على الموكل وهو مثل الثمن صار قصاصا اجماعا وان
كان دينه على الوكيل فعلى الاختلاف وان كان عليهما تصير قصاصا بدين الموكل اما عند
ابي يوسف فظاهر واما عندهما فلان الثمن لو صار قصاصا بدين الوكيل

لا نحتاج الى قضاء الوكيل للموكل ولو صار قصاصا بدين الموكل لا نحتاج الى
قضاء اخر فقصرنا المسافة ولان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع
ثم لهذه الحيلة في موضعين احدهما اذا كان لرجل على زيد دين لا يؤديه
فيتوكل الداين عن الغير في شراء عين من زيد فاذا اشترى يقع المقاصة بين
دين الوكيل على البايع وبين دين وجب للبايع على الوكيل ثم الوكيل ياخذ
الثمن من موكله **والثاني** ان يوكل رب الدين غيره بالشراء من المديون
فيقع المقاصة بين دين الموكل وبين ما وجب للبايع على الوكيل اصل هذه
المسئلة استفدناها من الزيادات في باب من البيع وحكى الفقيه ابو الليث في
وصايا النوازل عن كتاب المأذون اذا باع الوكيل وللمشتري على الموكل
دين مثل ذلك الثمن يصير قصاصا ولو كان للمشتري دين على الوكيل ايضا
يصير قصاصا بدين على الموكل دون الدين الذي على الوكيل وحكى الناطفي [illegible]
الثلجي ان الوكيل بالبيع اذا باع من داينه فللداين ان يجعل الثمن قصاصا
بما له عليه في قياس قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن الوكيل للموكل
بمنزلة ابراء الوكيل المشتري عن الثمن وفي قول ابي يوسف لا يصير قصا
صا وفي نوادر ابن سماعة ان كان دين المشتري على الموكل فاراد ان يجعله قصاصا
ليس له ذلك لان الموكل ليس له مطالبة المشتري بالثمن الى هنا لفظ الفتاوى
الصغرى **قوله** وبدين الوكيل اذا كان وحده اذا كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة
ومحمد لما انه يملك الابراء عنه يعني ان الوكيل يملك ابراء المشتري عن الثمن
عندهما وهو ابراء بغير عوض لان القبض حقه فيملك المقاصة ايضا لانه ابراء
ايضا ولكنه بعوض فكان بالطريق الاولى ان يملكه **قوله** ويضمنه للموكل في
الفصلين اي ولكن الوكيل يضمن الثمن للموكل في فصل الابراء وفصل المقاصة
بدين الوكيل والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشرى

قوله فصل في الشراء قدم باب الوكالة بالبيع والشراء
على

على ساير الابواب لكثرة وقوع البيع والشرا ومساس الحاجة الى الوكالة في
ذلك ثم قدم فصل الشراء لان الشرا مثبت للملك وهو الاصل في عقد البيع وهو
المبيع والبيع مزيل له والثبوت قبل الزوال فكان الشراء اولى بالتقديم **قوله**
قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته
او جنسه ومبلغ ثمنه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يوكله
وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رايت واراد بالجنس النوع لا مصطلح اهل
المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو
المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو واراد مصطلح اهل النحو
وهو ما علق على شيء بعينه وعلى كل ما اشبهه ويجوز ان يريد بالجنس ما يندرج تحته
اشخاص وتبين بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر قال الشيخ ابو نصر البغدادي
هذا الذي ذكره القدوري استحسان وفي القياس ان لا يجوز وان تمنع من جواز الوكالة
ما يمنع من جواز البيع وجه القياس ان المبيع ينتقل الى الوكيل ومن جهته الى
الموكل فصار الوكيل بمنزلة البايع فكما لا يجوز ان يقع البيع مع الجهالة فكذلك لا يجوز
التوكيل وجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه اعطى عروة البارقي
دينارا وامره ان يشتري شاة فذكر الجنس وقدر الثمن وسكت عن الصفة ولم
يذكر الصفة فصار اصلا في ذلك ولان الثمن اذا علم صارت الصفة معلومة واذا
واذا ذكر الصفة صار الثمن معلوما فاغنى ذكر احدهما عن الاخر واما اذا اطلق
له الامر ولم تخصه فقال اشتر ما رايت فانه يصح مع الجهالة ولانه فوض
الراي اليه فصح مع الجهالة كالبضاعة والمضاربة وكان الشيخ ابو بكر الرازي
يقول هذا المعنى على وجه اخر وهو ان الوكالة الخاصة اذا كانت تجمع اجناسا
مختلفة اذ ما هو في حكم الاجناس فان الوكالة لا تجوز حتى يبين الصفة او الثمن
كقوله اشتر لي ثوبا لان اسم الثوب يقع على اجناس فلا بد ان يذكر جنسا منها فان
اشترى الوكيل شيئا منها كان مشتريا لنفسه وكذلك اذا قال اشتر لي

دارا لان الدار وان كانت جنسا واحدا الا انها قد صارت في حكم الاجناس
لكثرة تفاوتها فاما اذا كان الاسم يقع على جنس واحد جاز وان لم يذكر الصفة
ولا الثمن كقوله اشتر لي حمارا لان الصفة تصير معلومة بحال الموكل كذا
في شرح الاقطع قال محمد بن الحسن في الاصل واذا وكل الرجل رجلا ان يشتري
له جارية او عبدا فان هذا لا يجوز من قبل ان العبيد والجواري مختلفون فان
وكله ان يشتري له عبدا مولدا او حبشيا او سنديا او سمى جنسا من الاجناس
فان ذلك جائز وكذلك الجارية وان لم يسم جنسا من الاجناس سمى الثمن فان ذلك
جائز ايضا وتسمية الثمن وتسمية الجنس سواء ثم قال في الاصل واذا وكله ان يشتري
له دابة فان ذلك لا يجوز وان سمى الثمن من قبل ان الدواب مختلفة واذا قال
له اشتر لي حمارا ولم يسم الثمن فهو جائز عليه وكذلك لو قال اشتر لي بغلا فان
اشترى له شيئا لا يتغابن الناس في مثله لم يلزم الامر ولزم المشتري ثم قال في الاصل و
اذا امره ان يشتري له ثوبا فان ذلك لا يلزم الامر وان سمى الثمن فان ذلك ايضا
لا يجوز من قبل ان الثياب مختلفة فان قال اشتر لي ثوبا يهوديا ولم يسم الثمن فهو جائز
اذا اشتراه بما يشترى مثله او زاد على ذلك بما يتغابن الناس في مثله وكذلك
كل جنس سماه من الثياب فان سمى له ثمنا فزاد على ذلك الثمن لم يلزم الامر
وان نقص من ذلك الثمن لم يلزم الامر فان وصف له صفة وسمى له ثمنا فاشترى
له تلك الصفة باقل من ذلك الثمن جاز ذلك على الامر ثم قال في الاصل واذا
وكله ان يشتري له دارا ولم يسم الثمن فان ذلك لا يلزم الامر ولا يجوز عليه
هذا كله لفظ محمد في الاصل وقال في شروح الجامع الصغير رجل امر اخر ان يشتري
جارية او ثوبا او دابة او دارا ولم يسم الثمن فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة
وان سمى ثمن الدار وبين جنس الدابة والثوب جاز وقال قاضي خان في شرحه
والاصل في هذا ان الوكالة ضربان خاصة وعامة فان كانت عامة تصح مع
الجهالة الكثيرة كما لو قال اشتر لي ما شئت او ما رايت لانه فوض الراي اليه
فصار

فصار بمنزلة البضاعة والمضاربة وان كانت خاصة فان كانت الجهالة
يسيرة لا تمنع صحة الوكالة لانها لا تمنع الامتثال وقال بشر المريسي تمنع
وان كانت كثيرة تمنع لانها تمنع الامتثال والجهالة انواع ثلاثة فاحشة
وهي ما كانت في الجنس تمنع الوكالة وان بين الثمن كما لو وكله بشراء ثوب
او دابة لا تصح ما لم يبين النوع لان الثوب اجناس مختلفة يقع على الكرباس
والحرير والخز وغير ذلك وبين الجنس والجنس تفاوت فاحش وبيان
الثمن لا يزيل الجهالة فانه قد يكون هرويا ويوخذ بعشرين وقد يكون
ثوبا مرويا يوخذ بعشرين ايضا فلا يقدر على الامتثال فيحتاج الى بيان الصفة
والدابة اسم لاجناس مختلفة لانه اسم لما يدب على وجه الارض حقيقة
وفي عرف الناس يتناول البقر والغنم والحمار والابل فما لم يبين النوع
لا يجوز وكذا اذا قال اشتر لي مملوكا او حيوانا وبين الثمن لا يجوز لان
الاسم يقع على انواع مختلفة فما لم يبين النوع لا تجوز وجهالة يسيرة وهي ما
كانت في النوع المحض كما لو وكله بشراء حمار او فرس او ثوب يهودي
يصح وان لم يبين الثمن لما روي عن النبي صلى الله عليه انه وكل حكيم ابن
حزام بشراء شاة للاضحية وجعل جهالة النوع عفوا ولان التفاوت بين
النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لكن ينصرف الوكالة الى ما يليق
بحال الموكل حتى انه لو كان كناسا او فاليزيا فاشترى الوكيل حمارا مصريا
بالف لا يلزم الامر وكذا لو وكل واحد من العوام رجلا ان يشتري له فرسا مركبا
يصلح للملوك لا يلزم الامر والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كما لو
وكله بشراء عبد او جارية ان بين الثمن او الصفة بان قال تركيا او هنديا
او روميا صحت الوكالة وان لم يبين الثمن او الصفة لا تصح لان اختلاف
العبيد والجواري اكثر من اختلاف ساير الانواع وعادة الناس في
ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع وكذا الدار ملحقة بالجنس من وجه

لانها تختلف بقلة المرافق وكثرتها فان بين بالثمن التحقت بجهالة النوع وان
لم يبين التحقت بجهالة الجنس والمتاخرون قالوا في ديارنا لا تجوز بدون بيان
المحلة لانها تختلف باختلاف المحلة وبما سمي من الثمن وكذا لو قال اشتر لي حنطة
لا يصح ما لم يبين عدد القفزان او الثمن لان اسم الحنطة يتناول القليل والكثير
فما لم يبين المقدار او الثمن لا تجوز **قوله** من تسمية جنسه وصفته والجنس
كالعبد والجارية والصفة كالتركي والحبشي على ما يجي بيانه في المتن **قوله**
ان كان اللفظ يجمع اجناسا كالدابة والثوب **قوله** او ما هو في معنى الاجناس
كالدار **قوله** والمولد وهو ما كان من الرقيق مولودا في البيت لا مجلوبا **قوله**
لما ذكرناه اشارة الى قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما **قوله** في
الوسطة الوسطة مصدر قولهم وسطت القوم سطة اي توسطتهم قال
تعالى فوسطن به جمعا وهو بمعنى الوسط كالعدة والوعد والعظة والوعظ
قوله لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء وكانه اراد بالاطلس
الارفع من الثياب ومن الكساء ادونها ولم يرد في اللغة هكذا قال صاحب الجمهرة
الطلسة كدرة في غبرة والذئب اطلس وكذا لون كل شيء يشبهه يقال طلس
يطلس طلسا وقال في تهذيب ديوان الادب الاطلس على لون الذئب يقال ذئب
اطلس والاطلس الخلق من الثياب وبعض الفضلا ٥ الاطلس مشتق من الاطلاس
والاطلاس التنائي عن الانس ثيابهم ملبس ولكنها ٥ على د ثياب منهم اطلس **قوله**
قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها
اي قال في الجامع الصغير في البيوع في اول باب الوكالة بالبيع والشرا قال محمد في
الاصل وان دفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما فاشترى له بها حنطة جاز
ذلك على الامر وان اشترى بها لحما او فاكهة لم تجز على الامر استحسن ذلك وان
اشترى بها دقيقا او خبزا فان كان في ذلك يشتري بمثل تلك الدراهم فهو جايز
على الامر وان كانت دراهم كثيرة لا يشترى بها مثل ذلك لم تجز ذلك على الامر واذا لم
يدفع

يدفع اليه شيئا وقال اشتر لي حنطة فاشترى له حنطة فانه لا تجوز على الامر
من قبل انه لم يسم له كم يشتري كذا في الاصل في باب الوكالة بالشرا والبيع
الذي لا تجوز على صاحبه واراد بالدقيق والخبز دقيق الحنطة وخبز الحنطة لان
الوكيل بشرا الطعام اذا اشترى الشعير لا يجوز فكذا اذا اشترى دقيقه
وخبزه الا ترى الى ما نص محمد في الاصل في باب الوكالة في السلم بقوله واذا وكل
الرجل رجلا ان يسلم له دراهم في طعام فالطعام عندنا الحنطة استحسن
ذلك فان اسلم في شعير او تمر او في سمسم فهو جايز على الوكيل ولا يجوز على الامر
الى هنا لفظ الاصل والقياس ان يتناول كل طعام من الفاكهة واللحم و
غير ذلك لان الطعام اسم لما يطعم وهو عام ولهذا لو اوصى بالطعام يدخل
فيه كل مطعوم ولهذا لو حلف ان لا ياكل طعاما كان عاما فيما يطعم وهو ما
يتاتى فيه المضغ والابتلاع فكذا هنا وجه الاستحسان ان الطعام في عرفهم
يتناول الحنطة ودقيقها اذا ذكر مقرونا بالشرا ولهذا يسمى عندهم السوق
التي يباع فيها الحنطة ودقيقها سوق الطعام واذا كان العرف هكذا ترك
القياس به لان العرف اقوى من القياس لان الثابت بالعرف كالثابت بالنص
ولا عرف في اليمين والوصية فبقي مطلق الطعام مرادا كما هو اصل الموضع
قال في الفتاوى الصغرى قال الشيخ الاسلام خواهرزاده ان كانت
الدراهم كثيرة بحيث يشترى بها الحنطة لا الدقيق والخبز فاشترى
بها الوكيل خبزا او دقيقا لا يجوز على الموكل فان كانت وسطا يشترى
بها الحنطة او الدقيق جاز ولو اشترى بها الخبز لا يجوز وان كانت قليلة
بحيث لا يشترى مثلها في العرف الا الخبز فانه يجوز اذا اشترى الخبز وذكر
الصدر الشهيد في اول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير
قال الفقيه ابو جعفر ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز
وان كانت بين ذلك فعلى الدقيق وقال في الفتاوى الصغرى ما ذكر محمد عرفهم

اما في عرفنا فالطعام ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي
ونحوه فينصرف الوكالة الى ذلك دون الحنطة والدقيق والخبز والفتوى على هذا
وفي القدوري عن ابي يوسف اذا كانت له وليمة فدفع اليه دراهم كثيرة فهو على
الخبز واذا وكله بشراء لحم بدراهم فاشتري المطبوخ او المشوي منه لا يجوز
على الامر الا اذا كان مسافرا نزل خانا ولحم الطير او الوحش يجوز عليه ان كان في
بلد يباع في اسواقه منه فيشتري الناس وشراء الشاة الحية او المذبوحة
لا يجوز عليه وان سمي في الامر بعشرة دراهم الا ان تكون مسلوخة ولو امره
بشراء البيض فهو على بيض الدجاجة بخلاف اليمين على اكل البيض حيث يقع
على بيض الطير هذا كله من الفتاوي الصغري كتبته تكثيرا للفوايد **قوله**
ان العرف اي اصلك اي اقوي من القياس **قوله** وهو على ما ذكرنا اي العرف واقع على
الحنطة ودقيقها وقد مر البيان **قوله** فبقي على الوضع وهو ان الطعام اسم لما يطعم
قوله وقيل ان كثرت الدراهم الي اخره وهذا قول الفقيه ابي جعفر
الهندواني وقدير قبل هذا **قوله** وان قلت فعلى الخبز لانه لا يدخر عادة
قوله قال واذا اشتري الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب
ما دام المبيع في يده اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان سلمه الى الموكل لم
يرده الا باذنه وذلك لان حقوق العقد راجعة الى الوكيل في باب البياعات
والرد بالعيب من حقوق العقد فيرده الوكيل ما دام في يده بخلاف ما اذا سلمه
الى الموكل حيث لا يرده الا باذنه لانه انقطع حق الوكيل بانتهاء الوكالة ولهذا
قالوا اذا سلمه الى الموكل ولم يكن للشفيع ان يطالب الوكيل بالشفعة لانه خرج
من الوكالة وانقطع حقه كذلك هذا قال محمد بن الحسن في الجامع الكبير
الوكيل بالشرا اذا اشتري جارية ودفعها الى الامر ثم علم بعيب فانه لا يردها الا
برضا الامر فان لم يدفعها الى الامر فله ان يردها فان رضي بالعيب او ابرا البايع عن العيب
وقد امره الامر بردها صح رضاه وابراوه في حقه دون الامر كان للامر ان ياخذ
الجارية

الجارية مع العيب وان شاء تركها على المامور وضمنه الثمن قالوا في شروح الجامع
الكبير وهذه المسئلة حجة لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ابي يوسف في مسئلة
الوكيل بالبيع اذا ابرا المشتري عن الثمن فلو لم يكن الابراء عن الثمن صحيحا
في حق الامر لم يصح الابراء عن العيب ههنا ايضا من المشايخ من قال
تاويل ما ذكر ههنا اذا ابرا الوكيل البايع عن العيب قبل القبض لان قبل
القبض العيب لا حصة له من الثمن بدليل ان البايع اذا صالح المشتري عن
العيب على ثوب بعينه قبل القبض لم يكن للثوب حصة العيب بل يصير
كان البايع زاد في المبيع ثوبا حتى ينقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما فاذا لم يكن للعيب
حصة من الثمن لم يكن ابراء البايع عن العيب ابراء عن شيء من الثمن فيصح فاما
بعد القبض لا يصح الابراء عند ابي يوسف لان للعيب بعد القبض حصة من
الثمن بدليل ان الصلح لو كان بعد القبض كان الثوب حصة العيب حتى لو وجد به
عيبا يرده بقدر نقصان العيب من الثمن فكان الابراء عن العيب ابراء عن بعضه فلا
يصح عنده ومنهم من قال لا بل صح الابراء عن العيب عند الكل قبل القبض
وبعده وفرقوا لابي يوسف بين ابراء الوكيل بالشراء عن العيب وبين ابراء
الوكيل بالبيع عن الثمن والفرق بينهما ان لا ضرر للامر في ابراء الوكيل بالشراء
عن العيب فان للامر ان يتركها على المامور اما في ابراء الوكيل بالبيع عن الثمن
له ضرر لانه لو صح الابراء كان الثمن على الوكيل ويبرا المشتري وربما يكون المشتري
املا من الوكيل فافترقا من هذا الوجه فان لم تختر الامر شيا حتى هلكت
في يد المامور فانها تهلك من مال الامر لان هذه يد المالك في حق الملك ما لم تحدث
منعا ويرجع الامر على المامور بنقصان العيب لان الامر مشتر منه حكما وقد وجد
بها عيبا وعجز عن ردها بموتها في يده حكما وكذا اذا لم تمت لكن اعورت في يد
الوكيل يرجع الموكل عليه بنقصان العيب لان الاعورار عيب حدث في يد الامر
حكما كذا ذكره الامام العتابي في شرح الجامع الكبير والباقي يعلم في شروح الجامع

الكبير **قوله** وهي كلها اليه اي الحقوق كلها الى الوكيل **قوله** ولهذا كان
خصما المزيد عيب في المشتري اي ولان حقوق العقد كلها الى الوكيل كان
الوكيل خصما للمدعي قبل التسليم الى الموكل لا بعده **قوله** كالشفيع وغيره
كالصبي المأذون بالشراء **قوله** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم وهذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لما ذكر في اول كتاب الوكالة بقوله كل عقد جاز
ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره وعقد الصرف والسلم يجوز
ان يباشره الموكل بنفسه فجاز توكيله غيره ولكن يرد على هذا اذا وكل
المسلم اليه رجلا بقبول عقد السلم فانه لا يجوز مع ان مباشرة الموكل بنفسه
يجوز وجوابه ان القياس ان لا يملكه المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه
جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس فقد روي ان
النبي صلى الله عليه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما
ثبت مخالفا للقياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله او نقول جاز
بيع المعدوم ضرورة دفع الحاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر
الضرورة فلم يظهر اثره في التوكيل ولم يرد نقضا على الكلي الذي قاله القدوري
لان تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا تقدح في
القواعد هذا ما سنح بخاطري في هذا المقام قال محمد في الاصل في اول
باب الوكالة في الصرف واذا وكل الرجل رجلا ودفع اليه عشرة دنانير يصرفها
بدراهم فهو جائز ولا يفسد ذلك غيبة رب الدنانير عن الصرف لانه لم يلي
العقدة انما ولي العقدة الوكيل واذا وكل الرجل رجلا يصرف له دراهم ووكل آخر
رجلا بدنانير يصرفها **فالتقى الوكيلان** وتصارفا فهو جائز ولا يفسد ذلك
غيبة الموكلين الى هنا لفظ الاصل وقال محمد في الاصل في اول باب الوكالة
في السلم واذا وكل الرجل رجلا ان يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة فاسلمها
الى رجل واشترط ضربا من الحنطة معلوما واجلا معلوما وسمى المكان
الذي

الذي يوفيه فيه وكيلا مسمى فهو جائز وللوكيل ان يقبض الطعام اذا حل
وان كان الوكيل نقد الدراهم من عنده ولم يدفع اليه الذي وكله شيئا فهو جائز و
الطعام الذي وكله والدراهم دين للوكيل على الموكل فاذا قبض الوكيل الطعام
فله ان يحبسه عنده حتى يقبض الدراهم من الموكل ويستوفيها الى هنا لفظ الاصل
قوله ومراده التوكيل بالاسلام اي مراد القدوري بجواز التوكيل بعقد السلم
التوكيل بالاسلام يعني ان المراد منه التوكيل بعقد السلم من جهة رب السلم دون
قبول السلم لان ذلك يجوز وهذا لا يجوز لانه لو صح التوكيل يلزم ان يكون المبيع
في ذمة الوكيل على ان يكون الثمن لغيره وهو الموكل وهو لا يجوز لان من باع ملك
نفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لم يجز فكذلك في الديون لا [illegible]
نص على ذلك محمد في باب الوكالة في السلم فقال واذا وكل الرجل رجلا
ان يأخذ له دراهم في الطعام فاخذ الوكيل دراهم في طعام مسمى الى اجل مسمى ثم
دفعها الى الذي وكله فالطعام على الوكيل وانما للوكيل على الذي وكله دراهم
قرض الى هنا لفظ محمد رحمه الله والمعنى في بطلان التوكيل ما قلنا فاذا بطل
التوكيل بقي الوكيل عاقدا لنفسه فملك راس المال فلما سلمه الى الموكل على وجه
التمليك كان قرضا **قوله** فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد
هذا لفظ القدوري في مختصره اي فان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه
الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد لان من شرط الصرف والسلم قبض
البدل في المجلس وقبض البدل من حقوق العقد وهي تتعلق بالعاقد وهو
الوكيل فاذا وجد القبض من الوكيلين في الصرف والسلم في المجلس صح العقد لوجود
القبض المستحق فاذا حصل الافتراق قبل القبض بطل العقد لانتفاء الشرط
وهو القبض في المجلس ولا يعتبر مفارقة الموكل قبل القبض لانه ليس بعاقد ولا
يشبه قبض الوكيل قبض الرسول لان قبضه بعد مفارقة المرسل لا يعتبر لان
حقوق العقد لا تتعلق بالرسول فقبضه اذن لا يقع عن القبض المستحق فيفسخ

الافتراق من غير قبض فبطل العقد بين ذلك ان الرسالة بالعقد يتضمن
الايجاب والقبول الذي هو العقد ولا يتضمن غير ذلك والقبض خارج عن العقد
فلا يدخل تحت الرسالة فيصير قبض الرسول كقبض غيره فلا يقع عن القبض
المستحق وهذا معنى قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض وهذا الذي ذكره من
بطلان العقد بمفارقة الوكيل قبل القبض فيما اذا كان الموكل غايبا عن مجلس العقد اما
اذا كان حاضرا في مجلس العقد يكون الموكل صارفا بنفسه فلا يعتبر مفارقة
الوكيل قبل القبض كذا ذكره الامام خواهرزاده **قوله** والمستحق بالعقد قبض
العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور يعني
ان قبض الوكيل يصح وان كان هو ممن لا يكون من اهل العهدة كما اذا كان الوكيل صبيا او عبدا
محجورا لانه العاقد فيصح بخلاف الرسول حيث لا يعتبر قبضه لانه اجنبي عن
العقد اذ هو ليس بعاقد **قوله** بخلاف الرسولين اي الرسول في الصرف
والرسول في السلم في بعض نسخ الهداية بخلاف الرسول وهو مرتبط بقوله فيصح قبضه
اي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول فانه لا يصح **قوله** قال واذا دفع الوكيل
بالشرا الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ودفع الثمن من حقوق العقد فيتعلق
بالعاقد وهو الوكيل فاذا كان مطالبا بالدفع كان ماذونا من جهة الموكل فيرجع بالدفع
على الموكل ولانه ثبت بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية فصار الوكيل بالشرا كالبايع
من الموكل بالشرا لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل والدليل على
المبادلة ان الوكيل والموكل اذا اختلفا في الثمن تحالفا والتحالف من خواص المبادلة
ولهذا كان للموكل ان يرد المبيع على الوكيل بالشرا بالعيب وله ان يرجع بنقصان
العيب اذا هلك عند الموكل وقد مر ذلك **قوله** فيرجع عليه اي يرجع الوكيل
على الموكل **قوله** اليه الى الوكيل **قوله** فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك
من مال الموكل لم يسقط الثمن هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان المبيع امانة في يد
الوكيل

الوكيل لانه قبضه للموكل فليس على الامين شي ما لم تحدث منعا فلا يضمنه
كما اذا هلكت الوديعة في يد المودع **قوله** وله ان تحبسه حتى يستوفي
الثمن وهذا لفظ القدوري اي للوكيل حبس المبيع عن الموكل لاستيفا الثمن
وقال زفر ليس للوكيل حق الحبس فاذا حبسه صار غاصبا وذلك لان قبض
الوكيل كقبض الموكل حكما لوقوع المبيع في يده كوقوعه في يد الموكل فيصير الوكيل
كانه سلمه الى الموكل فاذا سلمه اليه حقيقة سقط حق الحبس فكذا اذا سلمه
حكما ولان الوكيل امين الا ترى انه لا يضمن بالهلاك عنده كالمودع فليس للامين
حق الحبس بعد الطلب كالمودع **ولنا ان** انتقال الملك الى الموكل من جهة
الوكيل فصار الوكيل كالبايع من الموكل ثم للبايع حق الحبس لاستيفا الثمن فكذا للوكيل لانه
كالبايع قال صاحب الذخيرة لم يذكر محمد في شي من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن
وسامحه البايع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الثمن ثم
قال **حكي** عن الشيخ الامام شمس الايمة الحلواني ان له ذلك لان حق الحبس للوكيل
ليس لاجل ما نقد بل لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بعد
النقد وقبله **قلت** هذا الكلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا
وقد صرح محمد في الاصل في باب الوكالة في الشرا فقال واذا وكل الرجل رجلا
ان يشتري له عبدا بالف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الامر اخذ
العبد من الوكيل وابى الوكيل الا ان يدفعه فللوكيل ان يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول ابي
حنيفة وان كان الوكيل نقد الثمن او لم ينقده فهو سوا الى هنا لفظ محمد في الاصل وقال
في الفتاوى الصغرى الوكيل بالشرا اذا اشترى بالنسية فحل عليه الثمن بموته لا يحل على
الامر ونقله عن باب الوكالة بالشرا من وكالة الكافي **قوله** هذا لا يمكن التحرز عنه
فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس يعني لا تجعل قبض الوكيل كقبض الموكل في
اسقاط الحبس لان قبض الوكيل لا يمكن الاحتراز عنه لانه لا يتوسل الى حقه في الحبس الا
بالقبض فلم تجعل الوكيل بمجرد القبض راضيا بسقوط حقه لان سقوطه باعتبار

دخل لصاحب الذخيرة

اي من كتاب الوكاله

الرضا ولم يوجد الرضا لانه كالملجأ الى القبض لما قلنا وطريق اخر منا في جواب زفر
ان الامر متردد في القبض بين ان يقع للوكيل او للموكل فان لم يحبسه الوكيل عن الموكل بعد القبض
وقع القبض للموكل فلم يعتبر الموكل قابضا بقبض وكيله لانه تبين بعد الحبس ان
قبضه ما كان لاجل موكله بل كان عاملا في القبض لاجل نفسه فاذا وقع للوكيل لم يوجد
التسليم منه الى الموكل فلم يسقط الحبس لانه لم يكن بعد التسليم الى الموكل وهذا
معنى قوله على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه **قوله**
فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد
هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر قول ابي حنيفة فيه كما لم يذكر في المختلف
والحصر وغير ذلك وقال الشيخ ابو نصر البغدادي في ذكر في الجامع قول ابي حنيفة
مثل قول محمد رحمه الله اعلم ان المضمونات انواع منها الرهن وهو المضمون بالاقل من
قيمته ومن الدين والمبيع في يد البايع وهو مضمون بالثمن حتى اذا هلك سقط الثمن
قل الثمن او كثر والمغصوب وهو مضمون بالمثل ان كان مثليا وبالقيمة ان كان قيميا بالغة
ما بلغت والمشترى اذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف فقال
ابو يوسف هو مضمون بالاقل من قيمته ومن الثمن كالرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن
الدين وقال ابو حنيفة ومحمد مضمون بالثمن كالمبيع يهلك قبل القبض وقال زفر
يضمن ضمان الغصب لانه من بيده ان ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصبا **ولنا**
ان الوكيل كالبايع من الموكل لان الملك انتقل اليه من جهته ثم الوكيل قد عين
حق الموكل في المشتري حيث اشتراه له فوجب على الموكل ايضا ان يعين حق الوكيل
في الثمن بالتسليم اليه فكان حبسه لاستيفاء الثمن بحق فلم يكن غاصبا ثم قال
ابو يوسف انه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط والا يرجع بالفضل
وقال محمد مضمون ضمان المبيع فاذا هلك سقط كل الثمن لان الوكيل كالبايع وجه
قول ابي يوسف انه ليس ببايع حقيقة الا انه يحبس المشتري بدين على الموكل وهو
الثمن فهو الرهن بعينه لان الرهن هو الحبس بالدين قال صاحب الهداية
في تعليل

في تعليل ابي يوسف مضمون بالحبس بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا فكان كالرهن
ليس المبيع كذلك لان المبيع مضمون بالثمن ابتداء لا بواسطة الحبس فلم يكن هلاك
المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه بخلاف ما نحن فيه فاجاب عنه صاحب الهداية وقال
ينفسخ هنا ايضا بين الوكيل والموكل كما اذا رده على الوكيل بالعيب ورضي بذلك فانه يصير
للوكيل وهذه مغالطة على ابي يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البايع
وبين هلاكه في يد الوكيل بالشراء بعد حبسه عن الموكل لاستيفاء الثمن ففي الاول
ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على
انفساخه اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع ثم ثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة فعند ابي يوسف يرجع
الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة وتظهر فائدة ضمان الغصب في عكس هذا وهو
ان تكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة
فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة وعلى قول محمد لا يتفاوت الحال بين ان
يكون الثمن كثيرا او قليلا لانه يسقط بهلاك المبيع ولا يجب شيء اصلا **قوله**
واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم
لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون
وهذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وذكر في بعض النسخ قول
محمد مع قول ابي حنيفة اي ذكر في بعض نسخ مختصر القدوري ثم قال صاحب
الهداية ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل وهذا لان محمدا قال في الاصل في اخر
باب الوكالة في الشراء واذا وكله ان يشتري له عشرة ارطال لحم بدرهم
لزم الامر منها عشرة بنصف درهم وكان المامور عشرة ارطال بنصف درهم الى هنا
لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى وجه قول ابي يوسف ان النبي صلى الله عليه
وسلم وكل عروة البارقي ليشتري له اضحية فاشترى شاتين فاجاز النبي صلى الله عليه
ذلك لانه امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم على ظن ان سعر اللحم عشرة بدرهم فاذا

زاد فقد فعل خيرا فلزم الآمر كمن وكل رجلا يبيع عبده بألف فباعه بألفين جاز فكذا
هذا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المقصود في باب البيع المبيع فكان مقصود الموكل
في الصرف الدرهم الا عشرة ارطال من اللحم تحصيل ذلك القدر منه فيلزمه ذلك
القدر لانه المامور به دون الزيادة لانه ما امر بها ولانها زيادة متحققة ابتاعها
لغيره بغير امره ولا ولاية له عليه فلم يلزمه كما اذا اشترى اما ابتداء ولا يلزم علينا
الزيادة القليلة كعشرة ارطال ونصف رطل حيث يلزم الجميع الآمر لانها تدخل بين الوزنين
فلا يتحقق حصول الزيادة والجواب عما قاس ابو يوسف ان الزيادة ثمة عوض بملك الآمر
فلا يجوز ان يستحقه الوكيل الا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على
ان ثمنه لك لا يصح فلما لم يستحقه الوكيل اصلا كان الزيادة للآمر بخلاف ما اذا امره
بشراء عشرة ارطال بدرهم فاشترى ذلك وزيادة متحققة على ذلك لا يلزم الزيادة
الآمر لان الزيادة ليست عوض بملك الآمر لا محالة لان الزيادة مشتراة بثمن
على ملك الآمر ويجوز ان يشتري بمال غيره لنفسه الا ترى انه لو قال اشتر لنفسك
عبدا بدراهمي جاز وبخلاف ما اذا اشترى عشرين رطلا من اللحم من لحم يباع عشرون
رطلا منه بدرهم حيث يلزم الجميع على المامور وهو الوكيل بالاتفاق لانه خالف
لان الموكل امره بشراء السمين لا المهزول وهذا مهزول وقال في شرح الاقطع
ان امره ان يشتري عبدا بمائة فاشترى بها عبدين يساوي كل واحد منهما مائة
عن ابي حنيفة انه لا يلزم الآمر واحد منهما ونقله عن المنتقى وذكر في التتمة وقال
اذا امره ان يشتري له ثوبا مرويا بعشرة فاشترى له مرويين بعشرة وكل
واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما لا ادري
ايهما اعطه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ونقله عن
المنتقى **قوله** ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه وهذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه يلزم فيه الغرر بالمسلم وهو حرام ولانه
لو صح شراؤه لنفسه يلزم اخراجه نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل فلا يجوز ذلك
لانه

لانه فسخ عقد فلا يصح من غير علم صاحبه كسائر العقود فاذا لم يصح عزله نفسه
عن الوكالة يقع شراؤه للموكل حيث لم يقع لنفسه قال في تتمة الفتاوى
الوكيل بشراء بعينه اذا اشترى لنفسه بنفسه لا يصح سواء نوى عند العقد
الشراء لنفسه او صرح ان قال اشهدوا اني قد اشتريت لنفسي الا اذا خالف في
الثمن الى خلافه او الى جنس غير الذي سماه الموكل واذا وكل غيره بالشراء فاشتراه له
صح وقال في التتمة هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل
بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه والمعنى في وقوع الشراء للوكيل انه خالف
امره الآمر فينعقد الشراء على نفس الوكيل واذا صرح بالشراء لنفسه فقد عزل
نفسه ولكن عزله نفسه انما يصح اذا كان يعلم من الموكل فاما في غيبته فلا وهذا خلاف
الوكيل بنكاح امراة بعينها اذا تزوجها لنفسه بنفسه يصح والفرق بين الوكيل
بنكاح امراة بعينها وبين الوكيل بشراء شيء بعينه كما قال محمد في اول الوكالة
في النكاح ان الوكيل هو المشتري فقد يكون مشتريا لنفسه ومشتريا للغير و
اذا زوج الوكيل امراة لم يكن الوكيل هو المتزوج واذا تزوج الوكيل لنفسه لم يجز ان
يقول انه زوج فلانا وانما تزوج هو **قوله** فلو كان الثمن مسمى فاشترى
بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى
الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل في هذه الوجوه ذكر هذه الوجوه الثلاثة
تفريعا على مسئلة القدوري يعني انما لا يكون المشترى للوكيل بالشراء فيما وكل
بشراء شيء بعينه اذا لم يوجد احد هذه الوجوه الثلاثة اما اذا وجد الشراء
للوكيل الا اذا كان الوكيل الاول حاضرا حال شراء الوكيل الثاني فحينئذ يكون
الشراء للموكل لانه لم يوجد المخالفة من الوكيل الاول حيث حضر رايه قال في
الفتاوى الصغرى في مسائل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والاعتاق اذا وكل
بالطلاق او العتاق فطلق الاجنبي او اعتق فاجاز الوكيل ذلك لا يجوز لان المطلوب
عبارته في ذلك الاول وكالة العيون في مسائل شتى من النوازل وكذا لو وكل الوكيل

رجلا فطلق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح
والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل اجنبي ذلك
فبلغ الوكيل فاجاز ذلك يجوز الى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى والفرق ان
الوكالة تفويض الامر الى الغير ليعمل فيه برايه فاذا كان الوكيل الثاني فعل المامور بحضرة
الوكيل الاول وجد راي الاول وكذا اذا فعل اجنبي فاجازه الوكيل ثم حقيقة الوكالة
انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والاجارة ولا
يتحقق فيما لا يحتاج فيه الى الراي كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولا ينقل
كلام الموكل و طلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الاول وعتاقه
لان الثاني لم ينقل كلام الموكل الاول فلم يقع نقلا لكلام الموكل والموكل انما وكل
بنقل كلامه فلاجل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني وعتاقه وان كان بحضرة
الاول والله اعلم **قوله** حضر رايه اي راي الوكيل الاول **قوله** فلم يكن مخالفا
اي لم يكن الوكيل الاول مخالفا للموكل **قوله** قال فان وكله بشراء عبد بغير عينه
فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل
اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية هذه المسئلة على وجوه ان اضاف
العقد الى دراهم الامر كان للامر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد
يعني ان المراد من قول القدوري او يشتريه بمال الموكل هو الاضافة وقت الشراء
الى دراهم الموكل لا الدفع من مال الموكل لانه اذا اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد فان نقد
من دراهم الموكل يقع الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل يقع الشراء للوكيل وهذا يعني
قوله لان فيه تفصيلا اي لان في نقد الدراهم بعد الشراء مطلقا
تفصيلا وهو هذا الذي ذكرناه وفيه خلاف ايضا لانهما اذا تواقفا على انه لم تحضره النية
يقع الشراء لمن وقع النقد من دراهمه وكيلا كان او موكلا عند ابي يوسف وعند محمد للوكيل
سواء كان النقد من دراهمه او لا وهذا الذي ذكره القدوري بالاتفاق ولفظه مطلق
غير مقيد عن قيد الاضافة الى دراهم الامر وقت الشراء وعن عدم الاضافة فيحمل
المطلق

المطلق على هذا المقيد وهو ما اذا اضافه وقت الشراء الى دراهم الامر بدلالة الاجماع
لانه لا خلاف في صورة الاضافة وقت الشراء الى دراهم الامر ان الشراء يقع للموكل
في صورة الاضافة الى دراهمه حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا لانه لو وقع الشراء
للوكيل مع اضافة الشراء الى دراهم الموكل يلزم ان يكون الوكيل غاصبا لدراهم الموكل
والغصب حرام لا يليق بحال المسلم او حملا لحال الوكيل على ما جرى في عادات المسلمين
لان العادة ان يقع العقد لصاحب الدراهم اذا اضيف العقد الى دراهم معينة والوجه
الثاني ان يضيف الوكيل العقد الى دراهم نفسه فيقع العقد له لانه يستنكر عادة
ان يقع الشراء للموكل مع اضافة الشراء الى دراهم الوكيل والوجه الثالث ان
يشتري مطلقا من غير اضافة الى دراهم احد فينظر هل نوى وقت الشراء اولا فان
اشترى بنية الموكل فالشراء له وان اشترى بنية نفسه فالشراء للوكيل لان له ان
يعمل لنفسه اصالة او لغيره وكالة لان المامور غير معين فكانت نيته معتبرة
لان الملك ينتقل الى الموكل من جهة الوكيل هذا اذا لم يوجد التكاذب اما اذا
وجد فقال الموكل اشتريته لي وقال الوكيل اشتريته لنفسي يحكم النقد
اتفاقا حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة وهذا هو المراد بقوله
على ما ذكرنا والوجه الاخر اذا تواقفا على انه لم تحضره النية ففيه اختلاف
بين ابي يوسف ومحمد قال ابو يوسف يحكم النقد وقال محمد هو للوكيل لان
الاصل في عمل كل حر ان يقع له الا اذا قام الدليل على خلافه ولم يقم لانه لم يضف
الى دراهم الامر ولم ينو ذلك فوقع العقد للوكيل ووجه قول ابي يوسف ان شراءه
مطلق يحتمل الامرين جميعا وقوعه للموكل او للوكيل فكان الامر موقوفا الى ان
يوجد النقد لانه يصلح معينا كما في حالة التكاذب على ان فيه حمل حال الوكيل على
الصلاح لانه لا يلزم ان يكون غاصبا دراهم الغير فان قلت كيف قلتم اذا اضاف
العقد الى دراهم الامر يقع الشراء له وان اضافه الوكيل الى دراهم نفسه يقع الشراء
له والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ عندنا فكانت الاضافة وعدمها

الاضافة سواء قلت لا نسلم انها لا يتعين مطلقا بل تتعين في الوكالة وقد صرح
صاحب الهداية في اواخر هذا الفصل في تعليل قول ابي حنيفة وسيجيء تمام البيان
ان شاء الله تعالى ولهذا اذا هلكت في يد الوكيل بطلت الوكالة او نقول نريد بتعينها تعلق الشراء
بعينها على وجه يكون مستحقة لا محالة بل نريد تقييد الوكالة بها فاذا تقيدت
الوكالة بها حتى اذا هلكت قبل الشراء بطلت الوكالة صلحت الاضافة الى احديهما
معينة لوقوع العقد منه **قوله** لان فيه تفصيلا وخلافا اي في النقد بعد الشراء
مطلقا اراد بالتفصيل صورة التكاذب والتوافق وفي التكاذب يحكم النقد اتفاقا وفي
التوافق على عدم النية عند ابي يوسف وعند محمد هو للوكيل وقد مر بيانه انفا
قوله وهذا بالاجماع اي الذي ذكره القدوري اراد به وقوع الشراء للموكل
بالاتفاق اذا اشترى بمال الموكل وقد مر بيانه **قوله** وهو مطلق اي
الذي ذكره القدوري مطلق لا تفصيل فيه **قوله** حملا لحاله على ما يحل له شرعا
دليل قوله ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر **قوله** او يفعله عادة
عطف على قوله يحل له شرعا وهو دليل قوله وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه
قوله اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا هذا
تعليل لقوله على ما يحل له شرعا **قوله** في هذا التوكيل اي في التوكيل بشراء عبد بغير
عينه واحترز به عن التوكيل بشراء عبد بعينه لانه ليس للوكيل فيه ان يشتريه لنفسه
الا في الصورة الثلاث مر بيانها **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى قوله حملا لحاله على
ما يحل له شرعا **قوله** يحتمل الوجهين اراد بهما وقوع الشراء للموكل ووقوعه
للوكيل **قوله** يحتمل النية للامر يعني يحتمل انه نواه ثم نسيه **قوله** حمل حاله
على الصلاح وهو ان لا يجعل الوكيل غاصبا دراهم الموكل **قوله** والتوكيل
بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه اي على الوجوه المذكورة في الوكيل بالشراء فان اضاف
الوكيل بالسلم العقد الى دراهم الامر كان السلم له وان اضاف الى دراهم نفسه كان
له وان عقد مطلقا من غير اضافة الى دراهم احديهما فان نوى السلم للموكل كان له وان نوى
لنفسه كان لنفسه

لنفسه كان لنفسه وان تكاذبا يحكم النقد وان توافقا على انه لم يحضره النية كان السلم
للوكيل عند محمد وقال ابو يوسف يحكم النقد فمن دراهم ايهما نقد فالعقد له ثم اعلم
ان الاصل ان يذكر مسئلة الوكيل بالسلم اولا ثم يقول والوكيل بالشراء على هذه الوجوه
لان محمدا رضي الله عنه ذكر في الاصل مسئلة الوكيل بالسلم ولم يذكر الوكيل بالشراء
الا ان صاحب الهداية لما كان ملتزما الجمع بين مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري
شرع في بيان مسئلة القدوري فلما فرغ عن ذلك ذكر ما ذكره محمد ايضا بسبيل الاختصار
حيث قال على هذه الوجوه فلما لم يذكر محمد مسئلة الوكيل بالشراء في شيء بغير عينه
اذا عقد ولم يحضره نية اختلف المشايخ فيه قال بعضهم الخلاف فيه كالخلاف
في الوكيل بالسلم واليه ذهب القدوري وتبعه صاحب الهداية ومنهم من قال الجواب فيه
عندهما كجواب محمد في السلم وفرق لابي يوسف بين السلم والشراء فقال للنقد في
باب السلم تاثير في تنفيذ العقد فصلح معينا كالاضافة بخلاف الشراء **قوله**
قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال
الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر اي قال محمد في نوع الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يامر الرجل ان
يشتري له عبدا بالف درهم فجاء المامور فقال اشتريت لك عبدا بالف درهم
وقبضته فمات وقال الامر اشتريت عبدا بالف درهم وقبضته ومات عندك انما اشتريته لنفسك فالقول قول
قول الامر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص وهذه المسئلة
على اوجه اما ان يكون الوكيل مامورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على
وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او لم يكن وكل وجه على وجهين اما ان يكون
العبد قائما او هالكا فان كان العبد بغير عينه والثمن غير منقود وقال الوكيل اشتريت
وقبضت وهلك لم يقبل قوله وهي مسئلة الكتاب لان غرضه الرجوع بالثمن على الامر
وهو ينكر فكان القول قوله مع اليمين وهذا لان الوكيل لا يملك استيناف العقد لكون
العبد خارجا عن المحلية لكونه ميتا فكان غرضه الرجوع بالثمن وان كان الثمن منقودا

يقبل قول الوكيل لان الآمر يدعي الرجوع بالثمن على الوكيل وهو يريد الخروج عن
عهدة الامانة فكان القول قوله **قوله** وان كان العبد حيا والثمن منقود فاختلفا فقال
المامور اشتريته لك وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول المامور لانه
اخبر عما يملك انشاءه للحال وان لم يكن الثمن منقودا ففيه اختلاف عرف في
المختلف قال ابو حنيفة القول للآمر وقال ابو يوسف ومحمد القول للمامور ايضا
لانه امين اخبر عما يملك انشاءه لانه يملك الشراء للحال فالقول قول الامين
فصار كما اذا كان الثمن منقودا ولابي حنيفة ان الوكالة لا يتناول مواضع التهم
وهذا موضع التهمة فلا يقبل قول الوكيل بيانه انه ربما اشتراه لنفسه وقد وجد
به عيبا او لم يعجبه فلما لم يوافقه اراد ان يلزمه الآمر لخسارة الصفقة ومثله
متعارف بين الوكلاء فلا يقبل قوله لهذه التهمة ولا يملك انه استيناف العقد
مع هذه التهمة بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين يدعي الخروج عن عهدة
الامانة فيصدق قوله باعتبار الثمن فيثبت حكم البيع ايضا تبعا لذلك وان كان
العبد بعينه قبل قول الوكيل سوا كان الثمن منقودا او غير منقود اذا كان العبد
قايما لانه اخبر عما يملك انشاءه للحال فلا يصح تكذيبه ولا تهمة فيه ايضا لان
الوكيل يملك ان يشتريه لنفسه وان كان العبد هالكا فالقول قول المامور ايضا اذا
كان الثمن منقودا لانه يدعي الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امر به
فكان القول قوله وان لم يكن الثمن منقودا فالقول قول الآمر لانه اخبر عما لا يملك
استينافه لان العبد هالك فكان غرضه الرجوع بالثمن على الموكل فلا بد من اقامة
الحجة **قوله** لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه يعني فيما اذا كان العبد حيا
وهو مامور بشرايه بعينه فان قلت الاصل في الدليل الاطراد وهذا لا يطرد
على اصل ابي حنيفة رضي الله عنه فان الاب اذا اقر على الصغير او الصغيرة بالنكاح لم
يصح الاقرار الا ببينة وكذا وكيل الزوج او الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا
يصح الا ببينة عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه مع ان المقر يملك استيناف العقد قلت
لا نسلم

لا نسلم انه استينافه العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحال حضور الشهود ولم يكن
شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يملك الاقرار لانه لم يملك الانشاء
بلا شهود وهذا هو الجواب الشافي عن نقض الشاهد حين اذ قوله يملك استينافه
وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة بعيد عن التحقيق
لان المجموع دليل ابي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده **قوله** في حال غيبته
الموكل قيد به لانه اذا كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يقع
الشراء للوكيل وان كان مامورا بشراء شيء بعينه لانه خالف فانعزل بمخالفته
له حال حضرته **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر قبل صفحة بقوله ولو وكله
بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه **قوله** على ما ذكرنا لابي حنيفة
اشارة الى دليل ابي حنيفة قبل خطوط وهو قوله لانه موضع تهمة **قوله**
ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه
وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل قال لرجل بعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره
بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال ياخذه فلان فان قال فلان لم امره
وقد كان اشتراه لفلان لم يكن لفلان الا ان يسلمه له المشتري فان سلمه و
اخذه الذي اشتراه له كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكانت العهدة
عليه وهذا كله من الخواص بعني قوله بعني هذا العبد لفلان اي لاجل فلان يعني
ان فلانا امرني ان اشتري هذا العبد لاجله فباعه صاحب العبد ثم انكر
المقر امر فلان بعد الشراء وقال لم يكن فلان امرني بل اشتريته لنفسي ينعقد
البيع في الحال لانه لا منازعة في الحال فاذا جاء فلان بعد ذلك وقال كنت امرته
بالشراء فله ان ياخذ العبد من المشتري لان قول المشتري بعني لفلان اقرار منه
بالوكالة واقراره على نفسه صحيح فرجوعه بعد ذلك لا يصح ويقع الشراء للموكل
وان قال فلان لم امره بذلك لم يكن له على العبد سبيل وان قال بعد ذلك امرته

لان اقرار المقر ارتد برد المقر له فاذا عاد الى التصديق بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد
حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه ولزم الشراء للمشتري الا اذا سلم المشتري
العبد الى فلان بعد قوله لم امره فيكون ذلك بيعا مبتدأ بسبيل التعاطي وصار كمن
اشترى شيئا لغيره بغير امره لزم المشتري فان طلب المشترى له فسلمه المشتري
اليه واخذه كان بيعا بالتعاطي قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير
وثبت هنا ان بيع التعاطي كما يكون باخذ واعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع
والتمليك وان كان اخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به ان النفيس من الاموال
والخسيس في بيع التعاطي سواء **قوله** وكانت العهدة عليه يعني لما انعقد بينهما بيع التعاطي
كانت العهدة للاخذ على المشتري كذا فسره فخر الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضي خان
وهو المفهوم من كلام محمد رحمه الله وقوله الا ان يسلمه المشتري له استثناء من قوله لم يكن له
والمشتري بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد وان كان للفتح وجه على معنى الا ان
يسلم المشتري العبد الى المشترى له **قوله** وهو المعتبر في الباب اي التراضي هو
المعتبر في باب البيع فلما وجد التراضي انعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس خلافا
لما يقوله الكرخي ان بيع التعاطي لا ينعقد الا في الاشياء الخسيسة وقد مر ذلك
في اول كتاب البيوع **قوله** قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما
ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل امر رجلا بان يشتري
له عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى له احدهما قال جائز وان امره ان
يشتريهما بالف درهم فاشترى احدهما بخمسماية او اقل وقيمتهما سواء فهو جائز
وان اشترى باكثر لم يلزم الامر الا ان يشتري الاخر ببقية الالف قبل الخصام وقال
ابو يوسف ومحمد اذا اشترى احدهما باكثر من خمسماية يتغابن فيه الناس
وقد بقي ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جائز وهذه من خواص الجامع الصغير
اعلم بان المامور بشراء عبدين باعيانهما اذا لم يكن الثمن مسمى اذا اشترى
احدهما

احدهما بمثل قيمته او باقل من قيمته او باكثر من قيمته بما يتغابن الناس فيه جاز على الموكل
لانه قد يتفق الجمع بينهما وقد لا يتفق فجعل توكيلا بشراء كل واحد منهما ثم الشراء باكثر
من قيمته بما يتغابن الناس فيه جائز على الموكل لان الاحتراز عما يتغابن الناس فيه
متعذر فكان داخلا تحت الوكالة بخلاف ما لا يتغابن الناس فيه فان شراه به لا
ينفذ على الموكل وهذا بالاتفاق بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع بغبن فاحش جاز عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وسيجيء ذلك في الفصل الثالث وان امره ان يشتريهما
بالف وقيمتهما سواء واشترى احدهما بخمسماية او اقل جاز على الموكل بالاجماع
وان اشتراه باكثر من خمسماية لم يلزم الامر الا ان يشتري الباقي ببقية الالف
قبل ان يختصما قلت الزيادة على الخمسماية او كثرت وقال ابو يوسف ومحمد اذا
اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما
يشترى بمثله الباقي جاز على الموكل قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع
الصغير احتمل ان المسئلة لا اختلاف فيها لان ابا حنيفة رضي الله عنه انما قال
لم يجز شراؤه على الامر اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها وابو يوسف ومحمد
قالا في الذي يتغابن الناس في مثله انه يلزم الامر فاذا حملته على هذا الوجه
لا يكون في المسئلة اختلاف واحتمل في المسئلة اختلاف في قول ابي حنيفة رضي الله عنه
اذا زاد على خمسماية قليلا او كثيرا لا يجوز على الامر وفي قولهما يجوز اذا كانت
الزيادة قليلة الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث وجه قولهما ان التوكيل حصل
مطلقا من غير تقييد بخمسماية والمطلق ينصرف الى المتعارف وبالزيادة على
خمسماية بغبن يسير لا تخرج عن المتعارف فلم يكن الوكيل مخالفا فجاز شراؤه
على الموكل الا ترى انه بقي من الالف ما يمكن به شراء العبد الباقي فاذن يحصل به غرض
الامر وهو تحصيل العبدين بالف فلا يكون مخالفا ولهذا لو اشترى العبد الباقي
ببقية الالف قبل ان يرده الامر جاز على الامر بالاتفاق فكذا هذا بخلاف
الغبن الفاحش فانه خارج عن المتعارف فلم يدخل تحت الوكالة ووجه

قول ابي حنيفة رضي الله عنه مطلق مقابلة الالف بالعبدين حال استوايهما في
القيمة دلالة انقسام الالف عليهما على السواء فكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمسماية
دلالة فلو صح بشراء كل واحد منهما بخمسماية لم يجز الشراء بالزيادة قلت
او كثرت فلا اجماعا نحن فيه لان الثابت دلالة كالثابت صريحا فعلى هذا القياس
لا يجوز الشراء على الامر اذا اشترى العبد الباقي ببقية الالف لانه يخالف الا انا
استحسنا وقلنا ينفذ الكل على الامر اذا اشترى العبد الباقي ببقية الالف لان
الصريح احق بالعمل من الدلالة وهنا لان الموكل صرح ان غرضه حصول العبدين
بالالف وانقسام الالف على العبدين ثبت دلالة فاذا اشتراهما جميعا جاز او ان الصريح
فبطلت الدلالة **قوله** الا فيما لا يتغابن الناس فيه استثناء من قوله جاز **قوله** لانه
توكيل بالشراء احتراز عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز من الوكيل بغبن الفاحش
عند ابي حنيفة وسيجيء ذلك **قوله** غرضه اي غرض الامر **قوله** وهو تحصيل العبدين
الضمير راجع الى غرضه **قوله** والصريح يفوقها اي يفوق الدلالة وبيانه اندرج
فيما بينا **قوله** وهو فيما قلنا اي المتعاد فيما يتغابن الناس فيه **قوله** قال ومن له
على اخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه اي قال في الجامع الصغير وصورة
المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل كان له على رجل الف درهم فامره
الذي له المال ان يشتري له بها هذا العبد فاشتراه قال جائز وان امره ان يشتري
له بها عبدا بغير عينه فاشتراه فاذا قبضه الامر فهو له وان مات في يد المشتري
قبل ان يقبضه الامر مات من مال المشتري ولا شيء على المشتري كما هو وقال يعقوب
ومحمد ذلك جائز لازم للامر في الوجهين جميعا اذا قبضه المامور الى هنا لفظ محمد
في اصل الجامع الصغير قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير ولكن لكان قال اسلم ما لي عليك
الى فلان في كذا صح بالاجماع ولو قال الى من شئت فعلى الاختلاف وقال في المختلف وكذلك
الصرف فالحاصل انه اذا امر غريمه ان يشتري له بما عليه شيئا فان عين المبيع او البائع جاز و
الا فلا وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في الوجهين لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان
في عقود

عقود المعاوضات في فسوخها عندنا خلافا لزفر والشافعي وقد عرف ذلك في طريقة
الخلاف في كتاب الصرف فكما لا يتعينان اذا كانتا عينا لا يتعينان اذا كانتا دينا
ولهذا اذا اشترى شيئا بدين له على البائع ثم تصادقا على ان لا دين له لا يبطل الشراء
ووجبت مثل ذلك الدين فاذا لم يتعين فاذا لم يتعين دراهم الدين صار
التقييد والاطلاق سواء فاذا اطلق الشراء بدراهم مطلقة جاز على
الموكل فلذا اذا قيد بدراهم الدين صار كما اذا عين البائع او المبيع الا ترى انه لو قال
تصدق بما لي عليك على المساكين جاز ولابي حنيفة ان هذا التوكيل باطل باطل
وهذا لانه توكيل بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو البائع فلا يجوز
لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه بخلاف التمليك ممن عليه لانه في قبضه وانما قلنا
انه توكيل بتمليك الدين من غير من عليه الدين لان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة
ولهذا قال الولوالجي في شرح الجامع الصغير ان الدراهم اذا عينت في التوكيل بالشراء ثم هلكت
عند الوكيل بطلت الوكالة الا ترى ان الناطفي نقل في الاجناس عن الاصل الوكيل
بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى
بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل
ثم قال الناطفي هذه المسئلة تدل على ان الدراهم والدنانير تتعينان في الوكالة وهذا
بخلاف ما اذا عين البائع او عين المبيع حتى تعين البائع بتعينه حيث يصح التوكيل
لان البائع يصير نايبا عنه بالقبض لان تعيين البائع يكون اذنا من الموكل بالقبض ثم
يقع الشراء بعده فلا يؤدي ذلك الى تمليك الدين من غير من عليه الدين لان قبض
النايب كقبض الموكل وبخلاف الامر بالتصدق لانه اخراج المال الى الله تعالى
وهو معلوم وليس كذلك اذا لم يكن البائع معينا لان انابة شخص مجهول لا يتحقق بقبض
الدين واذا لم يصح التوكيل يقع الشراء للوكيل فاذا هلك في يده هلك عليه فان دفعه الى
الامر وقبله الامر فهو له لانه يقع البيع بينهما ابتداء بسبيل التعاطي لانه دفعه
على جهة التمليك وبيع التعاطي جائز عندنا فيما عز من الاموال او خس ثم اعلم

كاملا

ان الدراهم والدنانير يتعينان في الهبة والوصية والمضاربة والشركة قبل القبض في
التسليم نص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالشيء يكون على غيره امرة فعلم
بذلك انها قال صاحب الهداية في الفصل الثاني من كتاب الشركة بقوله بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض
فيه نظر لما مر بيانه في كتاب الشركة **اما** في الوكالة فان النقود فيها لا يتعين قبل
التسليم وفي تعينها بعد التسليم اختلاف المشايخ ذكره فخر الاسلام في شرح

الزيادات

الزيادات وقد مر ذلك ايضا وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير
في باب من الايمان مما يوجب الرجل على نفسه اختلف مشايخنا في الدراهم والدنانير
انهما عند الاشارة اليهما هل يتعينان في العقود ام لا قال ابو طاهر الدباس انهما
لا يتعينان وحكاه عن القاضي ابي خازم وهو قول اكثر مشايخ بلخ ونسبه الشيخ ابو
سهل الشرغي الى عامة المشايخ وقال الكرخي اذا اشار اليها تعينت ولكن مع هذا
للمشتري ان يحبسها ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينهما وبين غيرها وفسر الشيخ
ابو المعين قول الكرخي بانهما يتعينان في العقود جوازا لا وجوبا وقال
علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا الثلثة الدراهم والدنانير
لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها وان عينت حتى لا يطالب المشتري
باداء تلك الدراهم وله ان يحبسها ويسلم غيرها ولا ينفسخ البيع بهلاكها قبل القبض
قال زفر والشافعي يتعينان حتى تجب على المشتري تسليمها عينا وينفسخ البيع
بهلاكها كما في جانب المبيع ثم قال العالم فيها عن اصحابنا روايتان في ان الدراهم والدنانير
هل تتعينان في العقود الفاسدة والمختار عدم التعين الى هنا لفظ العالم رحمه الله
ثم اعلم ان عدم تعين الدراهم والدنانير في حق الاستحقاق لا غير فانهما تتعينان
جنسا وقدرا ووصفا بالاتفاق وبه صرح الامام العتابي في شرح الجامع
واستدل عامة المشايخ بمسئلة الجامع وهي ما اذا قال ان بعت عبدي هذا بهذه
الالف وهذا الكر فهما صدقة فباعه بهما لزمه التصدق بالكر دون الدراهم لان
لان البيع

لان البيع سبب لملك الكر لانه يتعين وليس بسبب لملك هذه الالف لانها لا يتعين واستدل
الكرخي بهذه المسئلة ايضا فقال لولا ان العقد يتعلق بها لما وجب التصدق
بالكر الا ان التصدق بالالف لم يجب لان حالة لزوم التصدق حالة وجوب
النذر وهو يوجد حكما عند الفراغ عن البيع وكما فرغ عن البيع صار الكر ملكا له لانعدام
الخيار للملك فصادفه النذر فوجب التصدق به **فاما** الالف وان كان متعينا
ولكن كان للمشتري الخيار ان شاء سلم عينها وان لم يسلم فكان له عند وجود النذر
خيار في حق الالف فلم يزل عن ملك المشتري وان تناوله العقد فصار النذر قد وجد
مضافا اليه ولا ملك فيه للناذر فلم تجب التصدق **قوله** ولو عين البايع
يجوز على ما نذكر اشارة الى ما ذكره بقوله بعد عشرة خطوط بخلاف ما اذا عين
البايع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض **قوله** الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين
منها ثم استهلك او اسقط الدين بطلت الوكالة قال بعض الشارحين انما قيد
بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك
وهذا الذي ذكره يخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع
حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاقول
كان المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك
الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان
عينها باقية فقال بالاستهلاك يبطل الوكالة كما في الهلاك لتعين تلك الدراهم
كما في هلاك المبيع قبل التسليم **قوله** وكذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين
على غير المشتري اي تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولهذا لم يجز
توكيل المديون بان يشتري المديون بما عليه عبدا من اخر كما اذا اشترى
الوكيل بدين على غيره كما اذا امره زيد مثلا ان يشتري بدين لزيد على عمرو شيئا
من اخر لانه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه وهو ما اذا اشترى
الوكيل ان يشتري بدين على الوكيل عبدا بغير عينه **قوله** اذ يكون امرا بصرف

ما لا يملكه الا بالقبض قبله اي قبل القبض وهذا عطف على قوله كان هذا تمليك الدين
من غير من عليه الدين يعني لما تعينت الدراهم والدنانير في الوكالات كان توكيل المديون
بان يبتاع بما عليه تمليك الدين من غير من عليه الدين او كان ذلك امرا من الموكل
للوكيل بان يدفع الوكيل ما لا يملكه الموكل بلا قبض قبل القبض وذلك باطل لان الدين لا
يملكه صاحب الدين قبل القبض لانه وصف ثابت في الذمة المديون فاذا كان
لا يملكه قبل القبض كان امرا وتوكيلا بما لا يملكه فكان باطلا وهذا لان الديون يقضى باشا
لها لا باعيانها لان اعيانها اوصاف في الذمة لا يمكن تمليكها والدراهم التي جعلت
قضاء للديون شرعا كانت ملكا للمديون فتملكها رب الدين بالقبض لا قبله فقبل
القبض كان التوكيل بدفعه باطلا لان الموكل لا يملكه كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت
او القه في البحر كان باطلا بخلاف ما اذا قال اعط ما لي عندك من العين من شئت
او القه في البحر كان التوكيل صحيحا لان الموكل يملكه والمراد من صرف ما لا يملكه دفعه
لا عقد الصرف **قوله** ومن دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها
فقال الامر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول
المامور قال صاحب الهداية ومراده اذا كانت تساوي الفا وهذه من خواص الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم و
امره ان يشتري له بها جارية فاشتراها فقال الامر انما اشتريتها بخمسمائة وقال
المامور اشتريتها بالف درهم قال القول قول المامور وان كان الامر قال اشتر لي جارية
بالف درهم ولم يدفع اليه شيئا فاشتراها فقال الامر انما اشتريتها بخمسمائة وقال
المامور بل اشتريتها بالف قال القول قول الامر وتلزم الجارية المشتري ولا تلزم
الامر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير اعلم انه اذا دفع الالف الى رجل
قال له اشتر لي بها جارية فاشترى جارية فاختلفا فقال الامر اشتريتها بخمسمائة
وقال المامور بالف فينظر ان كانت الجارية تساوي الفا فالقول قول المامور
كما قال محمد في الجامع الصغير لانه وافق امر الامر وقد ادعى الامر عليه ضمان
خمسمائة

خمسمائة والمامور ينكر فكان القول قوله فان كانت تساوي خمسمائة فالقول
للامر وتلزم الجارية المامور لانه خالف الامر لان الامر انما امره بجارية تساوي
بالف لا بخمسمائة سواء اشتراها بالف او بخمسمائة ثم ان في شرائها بالف اذا كانت
قيمتها خمسمائة غبنا فاحشا والوكيل بالشراء لا يملكه هذا اذا كان الثمن منقودا
الى الوكيل فان لم يكن منقودا فاختلفا فالقول قول الامر ويلزم الجارية المامور
سواء كانت تساوي الفا او خمسمائة فان كانت تساوي خمسمائة فاشتراها
بالف فلانه اشتراها بغبن فاحش وان اشتراها بخمسمائة فلانه خالف
الامر وان كانت تساوي الفا فالقول قول الامر ايضا **قالوا** في شروح الجامع
الصغير يتحالفان فيه ويلزم الجارية المشتري فانه اطلق في الكتاب في هذا
الفصل وقال القول قول الامر ولم يفصل بينما اذا كانت قيمتها الفا او اقل و
كان ينبغي ان يكون القول قول المامور اذا كانت تساوي الفا لانه ان اشتراها
بالف فقد وافق الامر وان اشتراها بخمسمائة فالوكيل بالشراء بالف اذا اشترى
بخمسمائة يلزم الامر ومع هذا قال تلزم المامور وانما كان هكذا لان الوكيل
بالشراء مع الموكل ينزل منزلة البايع مع المشتري لان الوكيل في حق الحقوق
مشتري لنفسه ثم بايع من موكله والاختلاف في الثمن بين البايع والمشتري
يوجب التحالف فكذا هنا واذا تحالفا فسخ البيع الذي جرى بين الامر والمامور
فلزمت الجارية المامور كذا ذكره الصدر الشهيد فخر الدين قاضي خان وغيرهما
في شروح الجامع الصغير **قوله** وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول
الامر اي في الوجهين جميعا وهما ما اذا كان قيمة الجارية الفا او خمسمائة **قوله**
يفسخ العقد الذي جرى بينهما اي العقد الذي جرى بين الوكيل والموكل
تقديرا لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل **قوله** قال
ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الامر
اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البايع المامور فالقول

قوله المامور مع يمينه وهذه من الخواص يعني ان البايع وهو مولى العبد صدق المامور وهو الوكيل بانه اشتراه بالف قال الفقيه ابو جعفر الهندواني هذه المسئلة فارقت المسئلة المتقدمة حيث اوجب التحالف ثمة والزم الجارية المامور وهنا لم يوجب التحالف والزمها الامر لان البايع ههنا حاضر وقد صدق المامور فكان ذلك بمنزلة انشاء البيع بينهما فكان القول قول المامور فبطل الاختلاف وقال الشيخ ابو منصور الماتريدي يجب التحالف ههنا ايضا وجواب الكتاب محمله لانه ذكر يمين الوكيل وهو البايع من الموكل ولا يمين على البايع لانه قد ع الايد صورة التحالف فلما ثبت بين البايع ثبت بين المشتري وهو الموكل بالطريق الاولى لانه منكر فعلى المنكر اليمين وبطل حالة وهذا هو الصحيح لان تصديق البايع لغو لا معتبر به لانه ان كان استوفى الثمن كان بمنزلة الاجنبي عن الوكيل والموكل جميعا لانه لا شغل بينهما وان لم يستوف الثمن فهو اجنبي عن الموكل لانه لا شغل بينهما لانه لا يقع العقد بينهما فلا يصدق على الموكل واذا لم يعتبر تصديق البايع بقي الخلاف بين البايع وهو الوكيل وبين المشتري وهو الموكل فوجب التحالف ولم يذكر الامام فخر الدين قاضي خان قول ابي منصور وكانه جعل قول ابي جعفر اصح **قوله** قيل لا تحالف وهو قول الشيخ ابي منصور **قوله** وقد ذكر نعظم بين التحالف وهو بين البايع اي ذكر يحلف بين البايع وهو الوكيل لانه بايع تقديرا من موكله وانما جعله نعظم بين التحالف لان يمين البايع مخصوص بصورة التحالف وليس المشتري كذلك لانه تجب عليه اليمين بكل حال لكونه منكرا **قوله** فلا يصدق في اي لا يصدق البايع على الموكل والله اعلم

هذا اخر الدفتر الحادي عشر من كتاب غاية البيان شرح الهداية من نسخة السواد التي وقع عليها خط يدي المصنف وهذا الشرح فرغ عنه بعون الله تعالى ببغداد في الحادي والعشرين من ذي الحجة من سنة اربعين وسبعمائة ويتلوه في الثاني عشر فصل في التوكيل بشراء نفس العبد انشاء الله تعالى وكتبته من نسخة المنقول من الاصل الذي كانت بخط الشارح رحمه الله العبد الضعيف حلال حسن يعقوب الحنفي رحم الله عبدا نظر فيه ودعى لكاتبه بالرحمة والرضوان امين

بسم الله الرحمن الرحيم رب اعن عبدك

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد ذكر هذا الفصل عقيب فصل الشراء لانهما يتناسبان صورة من حيث الشراء ولكن لما كان الشراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا معنى ذكره في فصل على حدة

قوله قال واذا قال العبد لرجل اشترلي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى اي قال محمد في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد المحجور عليه يامر الرجل ان يشتري نفسه له من مولاه بالف درهم فيدفعها اليه فيشتريه الرجل قال ان كان الرجل قال للمولى انما اشتريته لنفسه فبين ذلك فباعه مولاه على هذا فالعبد حر وولاؤه للمولى كانه هو اشترى نفسه من المولى وان كان لم يبين للمولى انه يشتريه لنفسه فهو عبد للمشتري ويكون الالف للبايع وعلى المشتري الف درهم مثلها الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في الاصل واذا وكل العبد رجلا ان يشتري له نفسه من مولاه او يسال له العتق على مال ففعل ذلك الوكيل والمولى فالعتق جايز والمال على العبد ولا شي منه على الوكيل لانه لم يضمنه الى هنا لفظ محمد في باب وكالة العتاق من الاصل ورايت في بعض شروح الكافي لبعض مشايخنا انه قال هذا خلاف ما ذكر في الجامع الكبير فانه ذكر ثمة انه ان اشترى نفسه له من مولاه يطالب بالثمن الوكيل ولو سال له العتق من مولاه على مال ففعل المولى فالمال يكون على العبد لانه اذا كان بلفظ الشراء امكن ان يجعل كالمشتري لنفسه في حق الحقوق فصار كما لو اشترى نفسه لغيره حتى لو نعت ربما كان العبد مدبرا يكون الثمن على العبد ثم قال والصحيح ما ذكره ههنا لان بيع العبد من نفس العبد اعتاق وقبول ذلك قبول الاعتاق وقبول الوكيل سفير محض الى هنا لفظه رحمه الله وكانه جعل في المسئلة روايتين وقال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر ههنا يعني في

في الجامع وفي باب وكالة العبد المأذون من الاصل جواب الاستحسان وما ذكر في
باب الوكالة بالعتق من الاصل جواب القياس وكان عيسى ابن ابان يأخذ القياس و
يطعن على ما ذكر محمد في الجامع وجه القياس هو وجه الطعن انا اجمعنا ان
التوكيل من جانب المولى ببيع نفس العبد من العبد وان كان الى اجل مجهول وكان
قبض الالف الى المولى لا الى الوكيل فكذا التوكيل بالشرا من جانب العبد يجب
ان تجعل توكيلا بالاعتاق ايضا نصا دكان العبد وكل هذا الرجل ان يسال
المولى ان يعتقه على الف الى العطا فاعتقه جاز وكان على العبد الف لا قيمته
وكان قبض الالف الى المولى كما اذا كان مدبرا وكما اذا اشترى العبد نفسه بنفسه ووجه
الاستحسان وهو ما ذكر في الجامع الصغير ان الوكيل من جانب العبد يصير مشتريا
لنفسه او لآمره بايعا من العبد نفس العبد في ضمنه فيطلب الوكيل لاجل هذا
بخلاف الوكيل من جانب المولى لانه وكيل ببيع العبد من نفسه فلا يمكن ان
يجعل بايعا لنفسه او لآخر بخلاف المدبر لانه لا يمكن ان يجعل مشتريا لنفسه
او لآمره بايعا من المدبر لان شرا المدبر لا يصح فيكون توكيلا بقبول الاعتاق
وبخلاف ما اذا اشترى العبد نفسه بنفسه لان ذلك قبول الاعتاق مجازا لان
العمل بحقيقة البيع متعذر لان البيع مما يفيد الملك للمشتري والمشتري هو العبد
لا يملك نفسه لانه مملوك لمولاه حالة البيع والشخص الواحد في حالة
واحدة لا يصلح ان يكون مالكا نفسه ومملوكا لغيره فصار بيع نفس العبد
من العبد مجازا عن الاعتاق بطريق الاسقاط حتى لا يلزم الغا كلام العاقل في
هذا لان البيع للازالة والنقل وفي الاعتاق ازالة فاريد الاعتاق مجازا ثم في
مسئلة الجامع الصغير شرط بيان الوكيل فقال ان بين انه يشتريه لنفس العبد
فهو حر والولاء للمولى وان لم يبين فهو عبد للمشتري والالف المدفوع للمولى
لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخر ثمن العبد ولم يشترط البيان فيما اذا
كان الموكل بشرا العبد غير العبد فانه اذا بين او لم يبين يقع الشرا للآمر في
الحالين

الحالين وفرق ما بين المسئلتين ان الموكل اذا كان هو العبد فبين الوكيل انه اشتراه
لنفس العبد يقع البيع اعتاقا معقبا للولاء واذا لم يبين وقع الشرا للوكيل
عملا بحقيقة لفظ البيع وهي المعاوضة ولا يثبت الاعتاق وكان بين الشرائين
تفاوت فلم يكن بد من البيان لانه ربما يرضى البايع باحدهما دون
الاخر بخلاف ما اذا كان الموكل غير العبد حيث يقع العقد شراء على كل حال
لا اعتاقا بين الوكيل او لم يبين فلا تفاوت بين الشرائين لانه يكون العهدة
للبايع على الوكيل على كل حال فلا حاجة الى البيان ثم اذا اشترى العبد
لنفس العبد يلزم العبد الف اخرى ثم لا اي لم يذكره محمد في الشروح الجامع
الصغير وينبغي ان يلزمه لان الالف المدفوع كان مال المولى **فوله** ودفعها
الى اي دفع العبد الالف الى الرجل الذي وكله **فوله** لان اللفظ حقيقة
للمعاوضة لان المولى قال بعت هذا العبد بالف وقال الوكيل اشتريت **فوله**
وامكن العمل بها اي بالمعاوضة **فوله** فيحافظ عليها اي على المعاوضة
فوله بخلاف شرا العبد نفسه يرتبط بقوله فيحافظ عليها يعني لا يحافظ
على المعاوضة فيما اذا اشترى العبد نفسه بنفسه وان كان اللفظ للمعاوضة لان
العمل بحقيقة المعاوضة متعذر لما مر بيانه انفا فتعين المجاز وهو الاعتاق
فوله نفيسه بالجر كذا السماع على انه بدل من العبد ويجوز النصب
على انه مفعول به **فوله** لان المجاز فيه متعين اي في شرا العبد نفسه
وهو كون الشرا مستعارا للاعتاق **فوله** واذا كان معاوضة يتصل
بقوله لان اللفظ حقيقة للمعاوضة **فوله** يثبت الملك له اي للمشتري
فوله فالالف في ذمته اي في فان الثمن في ذمة المشتري **فوله** حيث لم
يصح الاداء لان الوكيل ادى في ذلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسبه ملك
المولى فلا يقع ثمنا **فوله** على نمط واحد اي نمط النوع كذا في ديوان الادب
فوله ومن قال لعبده اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي

في نان

علي

لفلان بكذا ففعل فهو للآمر وهذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها محمد في الينبوع و
صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول العبد الرجل اشتري لي
نفسي من مولاي فيقول نعم فيأتي مولاه فيقول بعني نفسي من فلان بكذا
وكذا فهو جائز وهو للذي امره وان قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر الى
هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير واصله ان العبد يصلح ان يكون وكيلا عن
غيره في شراء نفسه لان البيع يرد عليه باعتبار مالية وهو اجنبي عن
ماليته نفسه فكان توكيله وتوكيل اجنبي اخر سواء الا ان بين كون العبد وكيلا
وبين الاجنبي وكيلا فرقا وهو ان الوكيل اذا كان اجنبيا لا يشترط اضافة العقد
الى الموكل لانه ان اطلق العقد يقع للموكل ايضا كما اذا اضافه اليه واذا كان الوكيل
بشراء العبد نفس العبد يشترط اضافة العقد الى الموكل حتى يقع له فان لم يضفه
اليه بل اطلقه يكون اعتاقا والفرق ان الوكيل مامور بالشراء ثم تصرف الاجنبي
بالوكالة يقع شراء على كل حال اشتراه لنفسه او لغيره فبعدما قبل الوكالة جعل ما
يصلح لنفسه لموكله فصار الاضافة اليه والاطلاق سواء فلم يكن مخالفا الا بسراما
تصرف العبد فليس كذلك لانه ان اضاف العقد الى نفسه كان اعتاقا وذلك لا
يصلح للامتثال وان اضاف العقد الى موكله كان بيعا وان اطلق احتمل ان يكون
اعتاقا او بيعا فلا يحصل الامتثال بالشك فلاجرم اشترطت الاضافة الى الموكل
حتى يكون امتثالا وان بين العبد لمولاه انه يشتري نفسه لموكله فالعبد للآمر و
الثمن في رقبة العبد يرجع بها على الآمر اما العبد للآمر فلان المولى رضي بزوال
ملكه من غيره ولا عبرة يرث به منه واما الثمن في رقبة العبد فلانه هو العاقد وحقوق
العقد ترجع الى العاقد فان قيل العبد المحجور اذا اشترى لغيره لا يلزمه الحقوق
قلنا نعم اذا اشترى بغير اذن المولى وهنا اشترى باذنه فيلزمه الحقوق
واما رجوعه على الآمر فلان الوكيل بالشراء اذا لزمه الثمن كان له ان يرجع بذلك
على الآمر فان وجد الآمر بالعبد عيبا قد علم العبد به لم يرده به لان العبد كان
بالشراء وكيلا

وكيلا بالشراء والوكيل بالشراء اذا اشترى شيئا به عيب وقد علم به وقت الشراء
لا يكون له الرد لانه صار راضيا بذلك وان كان في موضع لا يعلم به العبد رده
به والذي يلي الخصومة في الرد هو العبد لانه لم يرض به وكان له الرد من غير استطلاع
راي الموكل لان المشترى وهو العبد في يد الوكيل والوكيل بالشراء يرده بعيب لم يرض
به من غير استطلاع راي الموكل ما دام المشترى في يده ثم لو اراد البائع حبس
العبد حتى ياخذ الثمن ليس له ذلك لانه باع شيئا هو في يد المشتري والمشترى حاضر
في مجلس الشراء فلا يكون للبائع حق الحبس لانه بنفس البيع يصير مخليا بين المبيع
وبين المشتري فيصير قابضا كالمودع اذا اشترى الوديعة والوديعة حاضرة
في المجلس المبيع فاراد صاحب الوديعة ان يحبسها لم يكن له ذلك فان قيل ان
كان العبد في يد نفسه من حيث الحقيقة فهو في يد المولى من حيث الحكم قيل
له نعم لكن مراعاة يد العبد اولى لان يده حقيقة ويد البائع قبل البيع كان
حكمية فكان مراعاة اليد الحقيقية وانها اقرب الى العبد اولى بالاعتبار كما في
الوديعة كذا قال الشيخ الامام ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في
باب الوكالة وفي الينبوع ما يضمن وما لا يضمن والباقي يعلم ثمة **قوله** الا ان مالية
في يده استثناء من قوله اجنبي عن ماليته وكانه قال جوابا للسؤال
بان يقال لما كان اجنبيا عنها كان للبائع حبس العبد لاجل الثمن فقال ليس له ذلك
لان ماليته في يد العبد وهو مشتريه وقد مر به البيان **قوله** وان عقد لنفسه فهو
حر لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة فلا يقع
العقد للآمر لانه لو وقع لذلك يصير المولى مغرورا لان المولى لم يرض بان يخرج من ملكه
بغير ثبوت الولاء فلا يجوز ان يزول ملكه بغير رضاه لان الله تعالى اجاز التجارة
بالتراضي **قوله** والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء بعينه ولكنه اتى بجنس تصرف
اخر وفي مثله ينفذ على الوكيل هذا جواب سؤال نقدك بان يقال الوكيل بشراء
شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه بل يقع الشراء للآمر وقد مر ذلك قبل هذا

الفصل فكان ينبغي على هذا ان يقع الشرا للامر لان الموكل به معين وهو نفس العبد
فقال كذلك الا ان الوكيل بالشرا اذا اتى بجنس تصرف اخر نفذ الشرا على الوكيل
وقد اتى بتصرف اخر غير الذي سماه الموكل لان شرا العبد نفسه قبول الاعتاق
لا قبول البيع وقد مر بيانه قبل هذه المسئلة

فصل

في البيع ذكر فصل البيع بعد فصل الشرا لان الازالة تقتضي سابقة الاثبات

قوله قال والوكيل بالبيع والشرا لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل
شهادته له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من
عبده او مكاتبه اي قال القدوري في مختصره يعني لا يجوز للوكيل ان
يعقد عقد البيع او الشرا مع ابيه وجده ومع من لا تقبل شهادته له كولده
وولد ولده وزوجته وعبده ومكاتبه ومدبره وام ولده عند ابي حنيفة
وقال في المختلف الوكيل بالبيع والشرا اذا باع او اشترى مع من لا تقبل
شهادته له بولادة او زوجية لا يجوز وقالا يجوز ثم قال والسلم والصرف
والاجارة على هذا الخلاف قال محمد بن الحسن في الاصل في باب الوكالة
بالقيام على الدار ولو باع الوكيل من نفسه او من ابن له صغير في عياله لم يجز
وكذلك الاجارة ولو باع الوكيل شيئا من ذلك من ابن له كبير او من امراته او
ابيه او امه او عبده او امته او مكاتبه فهو جائز الا من عبده او امته فانه لا
يجوز لانه قال ما باعه من شيء فهو جائز ولو لم يقل ذلك لم يجز ذلك في
قياس قول ابي حنيفة رضي الله عنه وكذلك الاجارة الى هنا لفظ الاصل وقال
في شرح الكافي في هذا الباب ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه او من ابن له
صغير لم يجز وكذلك الاجارة لان البيع منه بيع من نفسه وانه لا يملك ذلك
ولو باعه من ابن له كبير او من امراته او من ابويه او من مملوكه او مكاتبه و
قد جاز له في الوكالة ما باع به من شيء فهو جائز الا من مملوكه اذا لم يكن
عليه دين لانه بيع من نفسه وانما جوز البيع من هؤلاء لانه فوض اليه ذلك
ولو لم

ولو لم يقل ذلك لم يجز البيع في قياس قول ابي حنيفة وكذلك الاجارة لانه
يلحقه التهمة فيه والوكالة امانة **فيجب** تنزيهها عن الخيانة وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا يجوز شراء الوكيل لنفسه ولا
بيعه منها وكذلك اذا امره الموكل ان يبيعه من نفسه او يشتري من نفسه
لم يجز ايضا وكذلك لو باعه الوكيل من ابن له صغير لم يجز كانه باع من نفسه
ولو باع من نفسه لم يجز وكذلك لو باعه من عبده او من مكاتبه لم يجز بالاجماع
وان باعه من ابويه وان علوا او باعه من اولاده وان سفلوا او ان باعه من
زوجته او الزوجة اذا باعته من زوجها او باعه ممن لا يجوز شهادته له لا يجوز
بيعه عند ابي حنيفة وعندهما يجوز ولو امره الموكل بالبيع من هؤلاء واجاز
له ما صنع فبيعه من هؤلاء جائز بالاجماع الا ان يبيعه من نفسه او ولده
الصغير او من عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز وكذلك حكم الوكيل
بالشرا اذا اشترى من هؤلاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال الشيخ
ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا
يقبل شهادته له لا يصح في قول ابي حنيفة الا اذا زاد على ثمن المثل
وعندهما يجوز ووجه قولهما ان الاملاك متباينة وهذا ظاهر الا ترى
ان للابن ان يطا جارية نفسه فلو لم يكن متباينا لم يكن له ذلك لان وطء الجارية
المشتركة لا يجوز ولا يجوز له ان يطا جارية ابيه فلما تباين الملك بين الوكيل
وبين هؤلاء كان عقده معهم بيعا وشرا كالعقد مع الاجنبي ولهذا لم يحصل
للوكيل شيء من المبيع اصلا فكان العقد صحيحا بخلاف ما اذا باع من عبده الذي لا
دين عليه لانه وما في يده ملك لمولاه والبيع منه كالبيع من نفسه فلو باع الوكيل
من نفسه لا يجوز فكذا اذا باع من عبده وكذلك اذا باع من مكاتبه لان الرق
باق في المكاتب فصار كالعبد القن وبخلاف ما اذا باع من ابنه الصغير لانه بيع
من نفسه والوكيل لا يملك ذلك ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الوكالة

أمانة فيجب تنزيهها عن الخيانة وما يحصله الانسان لهؤلاء بمنزلة ما
يحصله لنفسه الا ترى انه لا يجوز شهادة بعضهم لبعض فصار عقد الوكيل مع هؤلاء
كالعقد مع نفسه فلا يجوز ثم ان الاملاك متباينة ولكن منافع الاملاك
متصلة حيث ينتفع بعضهم بالبعض عادة فاذا تمكن في العقد تهمة الايثار
والنفع للوكيل لم يصح حتى يزول التهمة بالزيادة على ثمن المثل كالوصي اذا باع من
نفسه وقال في تتمة الفتاوى بيع الوكيل ممن لا تقبل شهادته له باقل من
قيمته لا يجوز عند ابي حنيفة وباكثر من قيمته يجوز وبمثل القيمة في رواية البيوع
والوكالة لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز انما الخلاف في البيوع بغبن
يسير ذكره في وكالة شمس الائمة السرخسي رحمه الله وبيع المضارب وشراؤه ممن
لا تقبل شهادته له بسبب القرابة او الزوجية بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة
كما في الوكيل الخاص وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل يجوز اجماعا و
بيعه وشراؤه بمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة باتفاق الروايات
وابو حنيفة فرق بين الوكيل الخاص والمضارب على رواية الوكالة والبيوع
وبين المفاوض ممن لا يقبل شهادته بان في شركة هذا الكتاب انه ينفذ وفيه
كلام فمن اصحابنا من قال يجب ان يكون الجواب في الوكيل الخاص عند ابي حنيفة
نظير الجواب في المضارب ومنهم من فرق بين الوكيل والمضارب الى هنا لفظ
التتمة وجه الفرق ان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه ولهذا لا يجوز
نهيه بعد ما صار المال عروضا وانه شريكه في الربح فلا يلحقه التهمة في البيع بمثل
القيمة من هؤلاء لانه ايثار في العين دون المالية وفي العين هو كالمتصرف
لنفسه بخلاف البيع بالغبن فانه ايثار له في شيء من المالية ونحو ذلك نايب
محض اما الوكيل فنايب في العين والمالية جميعا فلهذا لم يجز بيعه من هؤلاء بمثل
القيمة الا ان يكون الموكل قد اجاز له في الوكالة بان قال اعمل ما شئت فباع به
من شيء يجوز بيعه من هؤلاء حينئذ قوله وينقلب حقيقة بالعجز اي ينقلب
حق

حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة
لان المولى يملك حينئذ جميع ما بيده قوله قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه
بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يجوز بيعه بنقصان
لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير وهذه من مسائل القدوري
الا انه لم يذكر في مختصره قوله والعرض ولا قوله ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير
قال محمد في الاصل ان باعه بثمن يسير فان ابا حنيفة قال هو جائز وان باعه بدين
وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز البيع الا ان يحط من ثمنه ما يتغابن الناس في مثله
فان حط اكثر من ذلك لم يجز وان باعه بنسيئة او نقد فهو جائز وان باعه بدنانير
او بدراهم او بعروض او بشيء مما يكال او يوزن فهو جائز وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز الا ان يبيعه بدنانير او بدراهم لانهما الاثمان التي يقع عليها بيوع
الناس الى هنا لفظ محمد في الاصل في اول باب الوكالة في البيع وقال في الاسرار روى
الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز بيعه الا بمثل القيمة ونقصان يتغابن في مثله
وهو قولهما وقول الشافعي رحمه الله كقولهما كذا في المختلف وشرح الاقطع وجه
قولهما ان التوكيل بالبيع وقع مطلقا والمطلق ينصرف الى المتعارف والمتعارف
هو البيع بثمن المثل وبالنقود لا بالغبن الفاحش ولا بالعروض فيتقيد التوكيل
بالمتعارف فاذا اتى بغير ذلك لم يجز وانما قلنا ان المطلق ينصرف الى المتعارف
بدلالة الاحكام منها انه لو امر بشراء الفحم في الشتاء او بشراء الجمد في الصيف
يتقيد بزمان الشتاء والصيف بدلالة العرف وكذا لو امر بشراء الاضحية
تتقيد بايام النحر من تلك السنة ومنها انه اذا اشترى بدراهم مطلقة
ينصرف الى النقد المتعارف في البلد لانه المتعارف ومنها انه اذا وكله بشراء شيء
لم يجز ان يشتريه باكثر من قيمته لانه ليس بمتعارف ومنها انه لو حلف لا يشتري
راسا فاشترى راس عصفور لا يحنث لانه لا يتبادر الى الوهم في العرف وينصرف
ذلك الى راس الغنم خاصة عند ابي حنيفة والى راس البقر ايضا عندهما وكذلك

اجابت على عرف زمانه وانما **قلنا** ان المتعارف هو البيع بثمن المثل لان البايع
يمتنع عادة ان يبيع باقل من القيمة لانه يتضرر به كما يمتنع المشتري عن الشراء
باكثر من القيمة فكان المتعارف اذن البيع بمثل القيمة ولان البيع بغبن فاحش بيع
من وجه هبة من وجه فلم يتناوله مطلق التوكيل بالبيع بيانه انه اذا باع
شيئا يساوي عشرة بخمسة كان بقدر الخمسة تمليك مال بمال فكان بيعا وفيما وراء
ذلك تمليك مال بغير عوض فكان هبة ولهذا لا يجوز للاب والوصي بيع مال الصبي
بغبن فاحش لوقوعه تبرعا ولو كان بيعا من كل وجه لجاز منهما لانهما يملكان بيع مال
الصبي لا التبرع به ولهذا يعتبر بيع المريض مرض الموت من الثلث اذا باعه بغبن
فاحش وانما قلنا ان المتعارف هو البيع بالنقود لان البيع بالعرض مقايضة
وهو بيع من وجه شراء من وجه فلا يدخل تحت مطلق التوكيل بالبيع وجه
قول ابي حنيفة هو ان التوكيل بالبيع وقع مطلقا بلا تقييد بثمن دون ثمن فاذا باع الوكيل بما
وكل به جاز وانما قلنا ان التوكيل وقع مطلقا لانه قال بع هذا العين والمطلق
يجري على اطلاقه الا اذا منع منه مانع والامر صاحب الشريعة وانما قلنا ان الوكيل
اتى بما وكل به لانه امر بمطلق البيع والبيع مطلقا هو بيع من كل وجه والبيع بغبن
فاحش بيع من كل وجه بدلالة الحقيقة والعرف والحكم فيكون الوكيل اتيا بما
امر به فيجوز بيعه اما الحقيقة فلان البيع تمليك مال بمال والبيع بغبن فاحش
كذلك واما العرف فان الناس يقولون هذا بيع رابح وذاك بيع خاسر وذلك
بيع عدل فلولا ان البيع بغبن فاحش بيع لما صح اطلاق البيع عليه واما
الحكم فان من حلف ان لا يبيع فباع بغبن فاحش حنث في يمينه فلولا انه بيع من كل
وجه لم يحنث ولا نسلم ان البيع بالغبن الفاحش وبالعرض ليس بمتعارف بل ذلك
متعارف عند اشتداد الحاجة الى تحصيل الثمن وعند التبرم من المبيع واطلاق
لفظ الموكل واقدام الوكيل على ذلك من غير تهمة دليل على وقوع الحاجة على انا
نقول قولكم ان المتعارف هو البيع بثمن المثل بالنقود ايش تعنون به ان قلتم نعني
العرف

العرف القولي وهو ان يتعارف الناس اطلاق اللفظ عليه دون غيره فلا نسلم
انه ثابت هنا وان قلتم نعني العرف العملي وهو ان يطلقوا اللفظ على هذا وعلى ذلك لكنهم
يفعلوا هذا دون غيره فلا نسلم تقييد المطلق بالعرف العملي بدلالة الحكم فان من
حلف لا ياكل لحما فاكل لحم ادمي او لحم خنزير حنث وان وجدت العادة على الامتناع عن
اكله لانه لما سمي لحما في العرف القولي لم يتقيد اليمين بالعرف العملي ولم يمتنع الحنث
والجواب عما تعلقوا من الاحكام فنقول نقل في التتمة والفتاوى الصغرى عن باب
الوكالة بالسلم ان تقييد التوكيل بشرى الاضحية والجمد والفحم مروي عن ابي يوسف اما
عند ابي حنيفة يعتبر الاطلاق يعني لا يتقيد بزمان الاضحية والصيف والشتاء و
هذا يغني قوله في المتن والمسايل ممنوعة على قول ابي حنيفة ولين سلمنا ان التوكيل
يتقيد فنقول انما تقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شرى الفحم دفع
ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شرى الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص
بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين
وغيرهم او تربص الجمد كالفقاعيين وغيرهم لم يتقيد كذا قال الامام علاء الدين العالم في
طريقة الخلاف وكذلك التوكيل بالاضحية تقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان
غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك السنة واما
الوكيل بالشرى انما لم يجز له الشرى بغبن فاحش على احدى الروايتين عن ابي حنيفة
للتهمة لانه من الجايز ان يشتري لنفسه ثم لما راى فيه الخسران الحقه بالامر
حتى لو انتفت التهمة بان كان وكيلا بشرى شيء بعينه جاز شراؤه على الامر عند ابي
حنيفة ايضا لعدم التهمة واما اذا حلف لا يشتري راسا لا يقع على راس العصفور
لان الناس لا يطلقون اسم الراس على الاطلاق بل يقولون راس العصفور فتقيدت
اليمين بالعرف القولي وايضا الغرض من اليمين المنع او الحمل هذا انما يتحقق
في امر معتاد لا في غير معتاد وشرى راس العصفور غير معتاد فلم يتناول
اليمين وهذا هو الجواب عن تقييد اليمين براس الغنم عند ابي حنيفة وبراس

البقرا ايضا عندهما لان ثمنه المعتاد اريد على اختلاف المذهبين بدلالة الغرض واما
الاب والصبي فانما لم يملكا بيع مال الصبي بغبن فاحش وان كان ذلك بيعا من كل وجه
لانه يعرى عن نفع الصبي وهما لا يملكان التصرف في مال الصبي الا على الوجه الذي
له فيه نظر واما المريض فانما اعتبر بيعه بغبن فاحش من الثلث لانه تعرض
لحق الورثة بالابطال ولهذا لو باع بغبن يسير يعتبر من الثلث ايضا واما
هنا فالامر بخلافه **قوله** بمنزلة الحاجة اي من هذه التسمية **قوله** وكذا
المقايضة هي بيع العرض بالعرض سمي بها لان كل واحد من العوضين مثل للاخر
يقال هما قيضان اي مثلان **قوله** والمسايل ممنوعة على قول ابي حنيفة اراد بها مسايل
شرا الفحم والجمد والاضحية وقد مر البيان **قوله** والمقايضة شرا من كل وجه وبيع
من كل وجه جواب من قولهما وكذا المقايضة بيع من وجه شرا من وجه فلا يتناوله مطلق
اسم البيع فقال لا نسلم انها كذلك بل هي شرا من كل وجه بيع من كل وجه اذ كل واحد
من العوضين يصلح ان يكون مبيعا وثمنا ويفترق احد الامرين من الاخر بدخول
حرف البا الذي يصحب الاثمان التي هو اتباع فعلى ايهما دخل البا يجعل ذلك ثمنا والاخر
مبيعا فاذا كان بيع المقايضة بيعا من كل وجه تناوله مطلق التوكيل بالبيع اذ
الوكيل باع العرض الذي كان وكيلا ببيعه بالعرض الذي في يد العاقد معه حيث
قال بعت هذا بذلك ولم يقل اشتريت ذلك بهذا الذي في يدي لانه يجري على
وفاق امر الموكل فقد امر بالبيع لا بالشرا فحصل البيع بما وكل به من كل وجه فتناوله
التوكيل بالبيع مطلقا وقال في تتمة الفتاوي الوكيل بالبيع المطلق اذا باع بثمن مؤجل
قيل على قول ابي حنيفة يجوز وان طالت المدة وعندهما يجوز باجل متعارف في
تلك السلعة وبالزيادة على ذلك فلا وعن ابي يوسف ان وكله بالبيع على وجه التجارة
فله ان يبيعه بالنسية وان وكله بالبيع لحاجته الى النفقة او قضا الدين او ما اشبه ذلك
فليس له ان يبيعه بالنسية ونقله عن باب الوكالة بالسلم للصدر الشهيد ثم قال في التتمة
وذكر في الباب الثاني من شرح بيوع الكافي ان الوكيل بمطلق البيع يملك البيع بالنسية
عندنا

عندنا خلافا للشافعي ثم قيل تجوز البيع بالنسية على قول ابي حنيفة طالت المدة او
قصرت وعندهما لا تجوز الا باجل متعارف في تلك السلعة وهو الماخوذ **قوله** قال
والوكيل بالشرا يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها اي قال
القدوري في مختصره وقال في شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رواية اخرى انه يجوز
بالقليل والكثير لعموم الامر وانما جاز عقد الوكيل بالشرا بزيادة يتغابن الناس في
مثلها لانها زيادة غير ظاهرة لدخولها تحت تقويم المقومين فلم تحقق الغبن
فكانت الزيادة كالعدم فجاز الشرا على الامر لعدم التهمة بخلاف الشراء بزيادة
لا يتغابن الناس في مثلها لانها زيادة ظاهرة لعدم دخولها تحت تقويم المقومين
فتحقق الغبن وكان الوكيل متهما في الحاق الشرا بالامر فلم يجز على الامر لان
من الجايز ان يشتريه لنفسه ثم لما راى الخسران في الشراء الحقه بالموكل لانه يجوز
شرا ذلك الشي لنفسه حتى اذا انتفت التهمة بان كان وكيلا بشراء شي بعينه يقع شراوه
على الامر لانه لا يملك الوكيل ان يشتريه لنفسه وان نوى الشرا لنفسه او صرح بذلك
بان قال اشهدوا اني قد اشتريتها لنفسي الا اذا خالف في الثمن الى الخير او خالف الى جنس
اخر وقد مر ذلك مرة قال الشيخ الامام خواهرزاده جواز عقد الوكيل بالشرا بزيادة
يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد فاما ما له قيمة معلومة
عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشرا على ذلك لا يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت
قال في بيوع التتمة وبه يفتى **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في المتن قبل ورقتين
بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر
قوله وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده اي عند
ابي حنيفة يعني لعدم التهمة قال محمد في الاصل في اول باب الوكالة في النكاح واذا وكل
رجل رجلا ان يزوجه امراة بعينها فزوجها اياه فهو جايز فان زادها على مهر مثلها فهو
جايز في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد اذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله
فهو جايز واذا زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا ان يرضاه واذا وكل رجل رجلا

ان يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته ولا يشبه هذا الشراء
لو امره ان يشتري عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للامر الى هنا لفظ
الاصل قال في شرح الكافي في هذا الباب واصله ما ذكر في كتاب البيوع ان الوكالة
المطلقة يراعى فيها الصيغة ولا يتقيد بالعقد المعروف عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد
والنكاح بالتزوج من مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه ليس بمعروف وكان ينبغي ان يكون
الجواب على قول الكل هكذا لان الوكيل من قبل الزوج في معنى الوكيل بالشراء والوكالة
بالشراء مما يتقيد بالمعروف قلنا بلى ولكن الوكالة بالشراء انما يتقيد بالمعروف
في موضع التهمة والتهمة لا يدخل في هذا الباب لانه لا يتوهم ان يكون عاقدا لنفسه
بخلاف الوكيل بشراء شيء بغير عينه حتى لو ارتفع هذا التوهم في الشراء ايضا بان
كان التوكيل في شراء شيء بعينه يكون على هذا الخلاف ايضا ولو تزوجها الوكيل
كانت امرأته ولا يشبه هذا الشراء فان الوكيل بالشراء سواء اشترى لنفسه او اطلق
يصير مشتريا للموكل اذا كان التوكيل بشراء شيء بعينه والوكيل بالنكاح اذا اضاف
العقد الى موكله ينفذ عليه واذا اضاف الى نفسه يصير مخالفا وانما كان كذلك لان في
الشراء العاقد هو الوكيل ولهذا يؤخذ بحقوق العقد الا انه التزم ان يكون حكم عقده
واقعا لغيره فيقع لغيره على وجه عقله في النكاح العاقد هو الموكل فانما يكون عاقدا له
اذا اضاف العقد اليه فاذا اضاف العقد الى نفسه فقد جعل نفسه عاقدا فصار مخالفا
وهذا لانه لا يستقيم ان يجعل عاقدا لنفسه فيما بينه وبين العاقد ثم للامر فيما بينه
وبين الامر في النكاح لان حكم النكاح بقدر وقوعه لشخص لا يقبل الى غيره وفي الشراء
يستقيم ان يجعل عاقدا لنفسه فيما بين المتعاقدين ثم للامر فيما بينه وبين الامر فجعلناه
هكذا كذا في شرح الكافي **قوله** لانه يطلق العقد اي يستغني الوكيل بالشراء عن
اضافة العقد الى الموكل **قوله** قال والذي لا يتغابن فيه الناس ما لا يدخل تحت
تقويم المقومين اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي
في مختصره والمقدار الذي يتغابن الناس فيه نصف العشر او اقل منه وهذا غير منصوص
عنهم

عنهم ولكن مذاهبهم تدل عليه الى هنا لفظ الطحاوي وقال الامام الاسبيجابي في
شرح الطحاوي وروي عن يحيى انه قال قدر ما يتغابن الناس فيه في العروض
ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده وقال الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع الكبير في الباب الثاني من كتاب الزكوة القليل من المحاباة في
باب المبايعات ملحق بالعدم لتعذر الصيانة عنه لدخول ذلك تحت تقويم المقومين
والكثير منها غير ملحق بالعدم لدخول الامتناع عنه تحت الامكان ثم قال
اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس
فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين
فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير والمعنى في ذلك هو امكان التحرز وعدم الامكان ومنهم من
قال ذلك مفوض الى راي القاضي ومحمد قال في هذا الكتاب ده نيم يعني في
الجامع الكبير ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه ابو القسم بن شعيب
ابن ادريس حكى عنهم انهم قدروا اليسير في العقار بده دوازده وفي الحيوان
بده يازده وفي العروض بده نيم الى هنا لفظ الشيخ ابي المعين رحمه الله ثم اعلم
ان المتصرفين للغير منهم من يعفى عنه الغبن اليسير في تصرفه بيعا كان او
شراء ولا يتحمل منه الغبن الفاحش وذلك كالاب في مال الصغير والجد والوصي
ومتولي الوقف ومنهم من يعفى في تصرفه الغبن اليسير اجماعا وفي الغبن الفاحش
خلاف وذلك كالعبد المأذون والمكاتب فان الغبن اليسير عفو عنهما اجماعا
ولكن الغبن الفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما البيع والشراء في ذلك على
السواء ومنهم من لا يعفى عنه الغبن الفاحش في شرائه اجماعا ويعفى عنه الغبن
الفاحش في بيعه على الخلاف وذلك المضارب وشريك العنان والمفاوض
والوكيل بمطلق البيع فبيع هؤلاء بغبن فاحش جائز عند ابي حنيفة خلافا
لهما وشراء هؤلاء بغبن فاحش لا ينفذ اجماعا ومنهم من لا يعفى عنه الغبن وان
كان يسيرا كالمريض مرض الموت عليه دين مستغرق لا يعفى عنه اليسير

ويعفى عن الوصية بعد موته اليسير اذا باع تركته لقضاء ديونه وكذا المريض
لو باع من بعض ورثته لا يعفى عنه قليل المحاباة عنده ولا يجوز بيع المريض من
وارثه وقال ابو يوسف ومحمد ويخير المشتري منه بين ان يؤدي الى تمام
القيمة وبين ان يفسخ وعلى قول ابي حنيفة رح لا يجوز بيع المريض من وارثه
وان كان بالثمن من قيمته حتى يجيز سائر ورثته وليس عليه دين ولو باع المضارب
من لا تجوز شهادته له لا يعفى عنه المحاباة اليسيرة ولو باع الوصي منهم فكذلك كذا
في تتمة الفتاوى **قوله** واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة
وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح
في رجل امر رجلا ان يبيع عبده هذا فباع نصفه قال هو جائز وقال يعقوب
ومحمد لا يجوز الا ان يبيع النصف الاخر وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
امر رجلا ان يشتري له هذه الدار فاشترى بعضها قال لا يجوز وان اشتراها نصفا
نصفا او شقصا شقصا حتى اشترى الكل جاز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وقال في شرح الطحاوي ومن وكل رجلا ببيع عبد فباع نصفه او ما سواه من
اجزائه لا يلزم الامر ولزم الوكيل فان ابتاع الباقي منه قبل الخصومة لزم الامر
عندنا وعند زفر يلزم الوكيل دون الامر ولو اختصم الوكيل مع الموكل الى القاضي
قبل ان يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي
بعد ذلك يلزم الوكيل بالاجماع وكذلك هذا الحكم في جميع الاشياء التي في تبعيضها
مضرة ويكون التشقيص فيه عيبا كالعبد والامة والدابة والثوب وما اشبه
ذلك ولو وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه مضرة ولا يكون التبعيض فيه عيبا
فاشترى بعضه لزم الامر نحو ان يوكله بشراء كر من حنطة بمائة درهم فاشترى
نصف الكر بخمسين درهما لزم الامر وكذلك لو وكله بشراء عبدين فاشترى
احدهما لزم الامر بالاجماع وكذلك لو وكله بشراء جماعة من العدديات فاشترى
واحدا منها لزم الامر ولو وكله ببيع عبده فباع نصفه او جزءا معلوما جاز بيعه
عند

عند ابي حنيفة سواء باع الباقي منه او لم يبع وعندهما لا يجوز بيع نصفه الا ان
يبيع الباقي فحينئذ يجوز بيعه فهما جعلاه كالشراء وهو فرق بينهما الى هنا لفظ
شرح الطحاوي واصل ذلك ان ابا حنيفة رضي الله عنه يعتبر العموم والاطلاق
في التوكيل بالبيع **واما** في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه
ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء فكما انه لا يملك الشراء بغبن فاحش لانه ضرر لا يملك
البيع بغبن فاحش ايضا عندهما لانه ضرر وهذا لان الضرر ليس بمطلوب بالعقد بل
المطلوب هو النفع فاذا كان كذلك لا يجوز للوكيل بيع العبد ان يبيع نصفه لانه
ضرر اذ في التفريق تعييب لانه لا يشتري متفرقا كما يشتري جملة الا اذا باع
الباقي قبل نقض الموكل البيع فحينئذ يجوز عندهما ايضا استحسانا لانه ربما لا
يتحقق له بيع الكل جملة فاذا باع الباقي ظهر ان بيع البعض وسيلة الى تحصيل مقصود
الامر فجاز ولابي حنيفة رح ان الوكيل بالبيع وقع مطلقا عن قيد الجمع والتفريق
لان الموكل لم ينص على ذلك فلهذا جوز ابو حنيفة البيع بالغبن الفاحش عملا بالاطلاق
فاذا جاز بيع الكل بهذا القدر من الثمن جاز بيع النصف بذلك الثمن بالطريق الاولى
لان امساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن انفع له من بيع الكل بذلك الثمن بخلاف
الشراء حيث لا يجوز شراء النصف للتهمة لانه متهم لانه يحتمل انه اشتراه لنفسه
لانه يجوز ان يشتريه لنفسه او للامر ولهذا لم يجز شراؤه بالغبن الفاحش
للتهمة لانه يحتمل انه رأى الغبن فالحقه بموكله وفي شراء النصف تهمة لان
الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب ضرر فيحتمل انه الحقه بموكله اجتنابا
عن ضرر نفسه وليس البيع كذلك لانه لا يقع للوكيل بل يقع للموكل فلا يكون متهما
ولان العبد او الدار قد يكون ميراثا لجماعة لا يتفق شراء ذلك جملة فاذا اشترى
شقصا شقصا حتى اشترى الباقي ظهر ان شراء البعض عند شراء الباقي كان
وسيلة الى تحصيل مقصود الامر فجاز فصار كانه اشترى جملة وزالت التهمة فكان
الشراء للامر قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولي قول في ان يكون

الشرا لنفسه في الاحوال كلها لانه لما اشترى النصف فهو مخالف فالظاهر فصار
شراؤه لنفسه فلما اشترى النصف الاخر صار الشراء لنفسه ايضا لان الشراء لا
يتوقف فلما صار الاول له ظهر ان النصف الثاني له ايضا والجواب ان يقال ان الامير
الشرا لنفسه للتهمة فلما اشترى النصف الاخر انتفت التهمة فصار بمنزلة الشرا
جملة **قوله** وان كان امر بشراء عبد فاشترى نصفه فالشرا موقوف يعني بالاتفاق
وقد ذكر بيان المسئلة قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال ابو يوسف اذا وكل
رجل رجلا ان يشتري له عبدا فاشترى نصفه جاز عتق الامر فيه ولم يجز عتق
الوكيل وقال محمد يجوز عتق الوكيل فيه دون الموكل وجه قول ابي يوسف
ان الوكيل بشراء الشيء بعينه لا يملك الشرا لنفسه فتوقف على خطر ملك
الامر فاذا اعتقه كان اجازة فنفذ عتقه ووجه قول محمد ان الوكيل لما خالف
فالامر بعد لم يتملكه ثبت العزل من جهة الحكم فاذا اشترى جاز عتقه **قوله** على ما
مر اشارة الى قوله قبل عشرين خطاء لان التهمة فيه متحققة **قوله** واخران الامر
في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشرا صادف ملك
الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي دليل اخر في الفرق
بين البيع والشرا لابي حنيفة ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك
الامر فصح امره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان
الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق فاما الامر في صورة التوكيل بالشرا صادف
ملك الغير وهو مال البايع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ولاية للامر في مال
الغير وانما يصح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم
يجز شرا البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف
وهو شرا الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشرا البعض
الا اذا اشترى الباقي قبل التخاصم فيجوز على الامر لانه حصل مقصوده لانه ربما
يتعذر عليه تحصيله بدفعة فيشتريه بدفعتين فلما اشترى الكل ظهر انه قصد
امتثال

الامتثال للامر فلما لم يفعل ظهر انه قصد الخلاف فلم ينفذ على الامر ولا يقال ان الامر
في صورة الشرا ايضا صادف ملكه لان الثمن ملكه لانا نقول الثمن تابع في
باب البياعات فلم يلتفت اليه **قوله** قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه و
قبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او
باقرار او باباء يمين فانه يرده على الامر قال محمد في بيوع الجامع الصغير
صورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يامر الرجل
ببيع عبده فيبيعه من رجل ويدفعه اليه فلا يقبض الثمن او يقبضه ثم يريد المشتري
ان يرده على المامور بعيب فيقدمه الى القاضي وهو عيب لا يحدث مثله فيرده عليه
ببينة او باباء يمين او باقرار من المامور بالعيب قال للمامور ان يرده على الامر وان
كان العيب يحدث مثله فرده عليه باباء يمين او بينة قامت بانه باعه وبه هذا
العيب رده المامور على الامر وان كان ذلك باقرار من المامور بالعيب لم يرده على
الامر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير واصل ذلك ان الوكيل بالبيع والشراء
يرجع اليه حقوق العقد ومن جملة الحقوق الرد بالعيب فيرد عليه فلهذا اذا رد
عليه بما يكون ذلك ردا على الموكل ام لا فان كان العيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة
والشاعية او لا يحدث مثله في هذه المدة رده القاضي بلا بينة ولا اقرار ولا يمين
لعلم القاضي يقينا بكونه عند البايع فيكون ذلك ردا على الموكل ولا يحتاج الوكيل في الرد
في الخصومة وانما شرط محمد في الجامع الصغير البينة او الاباء او الاقرار لاشتباه الامر
على القاضي بان العيب قديم اولا او يعلم القاضي يقينا ان مثل هذا العيب لا يحدث
في مدة شهر مثلا ولكنه لا يعلم تاريخ البيع حتى كان يحتاج المشتري الى حجة من
هذه الحجج على ان تاريخ البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضي ان هذا العيب كان في يد البايع
فرد المبيع عليه وبعض مشايخنا ذكروا تاويلا اخر لذلك وهو ان يكون عيبا في
الباطن لا يحدث مثله لكن لا يطلع عليه الا النساء كالقرن في الفرج ونحوه فالقاضي
يريه النساء فان شهدن بذلك لا يثبت الرد بشهادتهن لكن يثبت حق الخصومة

للمشتري في توجيه اليمين على البايع فيحلف القاضي ويرده عليه بنكوله ويكون ذلك
ردا على الموكل ايضا من غير خصومة فاما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر
لا يحتاج الى الرد الى شيء من هذه الحجج فيكون ذلك ردا على الموكل بلا خصومة واذا كان عيبا
يحتمل الحدوث في هذه المدة بعد البيع فالقاضي لا يرده الا بحجة اما ببينة او
بنكول البايع او باقراره بان هذا العيب كان فيه قبل التسليم الى المشتري
فاذا قضى القاضي بالرد على الوكيل بواحدة من هذه الحجج فهل يكون ذلك ردا على الموكل
حتى لا يحتاج الوكيل الى الخصومة مع الموكل فان كان بالبينة فهو لازم للموكل لان البينة
حجة في حق الناس كافة وكذلك اذا رد عليه بالنكول لان الوكيل مضطر في النكول
لانه لم يباشر احوال العيب والموكل هو الذي اوقعه في هذه الورطة فكان الخلاف
عليه فكان الرد على الوكيل ردا على الموكل واذا رد بالاقرار لزم المامور ولكن له ان يخاصم
الموكل فيلزمه ببينة او نكول لان الرد لما كان بالقضاء لم يجعل ابتداء عقد لفقد
الرضا بل جعل فسخا ولكنه بدليل قاصر وهو اقرار الوكيل بقيام العيب عند الموكل
فمن حيث انه فسخ كان للوكيل حق المخاصمة ومن حيث انه ثبت بدليل قاصر لم يثبت الرد
على الموكل الا بحجة فاما اذا كان الرد بمجرد اقرار الوكيل بلا قضاء لم يكن له ان
يخاصم الموكل لانه فسخ بالتراضي فكان في حكم عقد جديد في حق غيرهما فبطل
حق الخصومة هذا في عيب يحدث مثله اما اذا كان عيبا لا يحدث
مثله والرد بغير قضاء قاضي قال في شروح الجامع الصغير فقد ذكر في عامة روايات
المبسوط انه يلزم ولا يخاصم الموكل وذكر في كتاب البيوع من الاصل انه يلزم الموكل
من غير خصومة لان الخصمين فعلا عين ما يفعله القاضي لان الرد حق متعين
في هذا فاذا تعين الحق صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة
وقضاء الدين والرجوع في الهبة وجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي
فصار كالبيع الجديد فلم يلزم الموكل ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي لان الرد
ليس بمتعين لان الحق في مطالبة السليم ثم في الرد عند العجز عنه ثم في الرجوع
بحصة

بحصة العيب عند العجز عن الرد فلم يكن الرد متعينا وفيما ذكر من المسايل الحق
متعين لا يحتمل التحول الى غيره فيفسد القياس لعدم الجامع قوله فرده المشتري
عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باقرار او باباء يمين فانه يرده على
الامر فان قلت اذا كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء
القاضي فما فايدة ذكره قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل
باقراره بلا قضاء لا يرده على الموكل واذا كان عيبا لا يحدث مثله في عامة الروايات
المبسوط فظهرت الفايدة اذن فافهمه واغتنمه قوله الى هذه الحجج اشارة
الى البينة والاقرار واباء اليمين قوله وتاويل اشتراطها في الكتاب اي
اشتراط الحجج المذكورة في الجامع الصغير وتفسير البيان انما قوله فيفتقر اليها
الرد اي يفتقر المشتري الى الحجة وهي نكول البايع عن اليمين مثلا لرد المبيع وقد تقدم
البيان ايضا قوله لا شيء منها اي من الحجج وهي البينة او الاقرار او اباء اليمين
قوله لا تكاد السكوت والنكول يريد السكوت في النكول اي لانه يمكنه السكوت
والنكول قوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له
ان يخاصم بايعه وكان ينبغي ان يقول ان يخاصم موكله او يقول امره وكان ينبغي ايضا
ان يقول مكان قوله والبايع قاتلهما والموكل قاتلهما والامر قاتلهما لان الكلام في
مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببايع قوله في رواية اراد بها رواية كتاب
البيوع من الاصل قوله وفي عامة الروايات اي من المبسوط قوله لما ذكرنا
اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق ثالث قوله والحق في وصف السلامة
الى آخره جواب لقوله لان الرد متعين وبيان ذلك قررناه آنفا قوله قال ومن
قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه
ولم تقل شيئا فالقول قول الامر قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لآخر امرتك ان تبيع عبدي بالنقد فبعته
بالنسيئة فقال المامور امرتني ان تبيعه ولم تقل شيئا قال القول قول

الموكل وقال ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا
فاختلفا فقال رب المال انما دفعته اليك لتبيع بالنقد دون ما سواه وقال المضارب اعطيتني
المال مضاربة ولم تقل شيئا قال القول قول المضارب الذي اخذ المال الى هنا
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في الاصل واذا وكل الرجل رجلا ببيع عبد له فقال
الآمر امرتك بالف وقد باعه الوكيل بخمسماية فان البيع باطل لا يجوز والقول قول
الآمر مع يمينه وكذلك لو باعه بدنانير وقال الآمر امرتك بدراهم او بحنطة او بشعير
فالقول في ذلك قول الآمر مع يمينه ولا يجوز البيع فان باعه بنسيئة سنة فقال
الآمر امرتك بالحال فالقول قول الآمر والبيع مردود وكذلك هذه المسئلة في النكاح
والخلع والكتابة والاجارة والعتق على مال الى هنا لفظ محمد في الاصل وانما كان
القول قول الموكل لان الاذن يستفاد من جهته فكان القول قوله في كيفيته وتحقيقه
ان الامر قد يقع مطلقا وقد يقع مقيدا ولم يوجد دليل على احد الوجهين فكان
القول قول الموكل لانه يدعي الخصوص والاصل في الوكالة الخصوص ولهذا لو
قال وكلتك في مالي يصير وكيلا في الحفظ لانه الادنى وليس له ان يتصرف فيه ك
هذا خلاف ما اذا اختلف رب المال مع المضارب كان القول قول المضارب وفي قول
زفر القول قول رب المال وهو القياس لان الامر يستفاد من جهة رب المال فصار
كما في الوكالة قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وعلماؤنا استحسنوا في
المضاربة لان المضاربة بناؤها على العموم وقد تصادقا على المضاربة ثم رب
المال ادعى زيادة شرط والمضارب ينكر فالقول قوله وليس كالوكيل لان
الوكالة عقد خاص والمضاربة تقتضي العموم فرب المال اذا اقر بالمضاربة فقد
اقر ان المضارب ملك عموم التصرف لان المضارب شريك له ويستاجر ويبضع
فاذا اقر بامر عام ثم ادعى معنى الخصوص لا يصدق في ذلك ولو كان رب المال يدعي
المضاربة في نوع نسيج والمضارب يدعيها في نوع اخر كان القول قول رب المال
لان العموم والاطلاق سقط باتفاقهما في نوع فصار نظير الوكالة **قوله** ولا
ولا دلالة

آمرتم

ولا دلالة اي على الاطلاق اي ولا دلالة على اطلاق الامر لان التوكيل قد يقع مطلقا
عن قيد النقد والنسيئة وقد يكون مقيدا باحدهما فلو دل الدليل على الاطلاق
كان القول قول من يدعي النسيئة فلما لم يوجد الدليل كان القول قول الموكل لان
الاذن يستفاد من جهته **قوله** ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى
اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف وكان الانسب ان
تذكر مسئلة النسيئة في اوايل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل
والكثير والى ذلك الموضع اشار بقوله والوجه قد تقدم اي الوجه من
الجانبين وقد تقدم ثمة لان ابا حنيفة عمل باطلاق الامر وهما بالمتعارف **قوله**
قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او
اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه اي قال في الجامع الصغير وصورة
المسئلة فيه قال يعقوب ومحمد اذا امر رجل رجلا ان يبيع له عبدا فباعه ثم اخذ
بالثمن رهنا فضاع في يديه او اخذ به كفيلا فهو جائز ولا ضمان عليه الى هنا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وليس في المسئلة
اختلاف الا انه روى عن ابي يوسف ومحمد ولم يرو عن ابي حنيفة وذلك لان استيفا
الثمن من حقوق العقد وهي راجعة الى الوكيل وفي الكفالة والرهن توثيق للاستيفا
فملكها الوكيل فصار هلاك الرهن في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فلم يضمن كما
اذا هلك الثمن في يد الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الدين فانه لا يملك اخذ الوكيل والرهن
والفرق ان الوكيل بالبيع اصل في حق الحقوق ولهذا لو حجره الموكل عن قبض
الثمن لم يصح حجره والوكيل بقبض الدين يفعل ما يفعله نيابة لا اصالة ولهذا
اذا نهاه الموكل عن قبضه جاز والموكل جعله نايبا في قبض الدين لا في اخذ الكفيل
والرهن فظهر الفرق قيل المراد من الكفالة في قوله اخذ به كفيلا هو الحوالة
لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل بل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق
فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسا وقال شيخ الاسلام **علاء الدين**

توكيد ح
فملكهما ح

ابو الحسن علي بن محمد الاسبيجابي في شرحه لمختصر الكافي للحاكم الشهيد في
اول باب الوكالة في الرهن واذا دفع الرجل الى الرجل متاعا فقال بعه وارتهن
لي رهنا ففعل فهو جايز لانه اتى بما امره به ولو فعله بنفسه جاز فكذا اذا فعله
نايبه فان كان الرهن اقل من الثمن مما لا يتغابن الناس فيه فهو جايز في قول ابي حنيفة
ولم يذكر قولهما شيئا على ان اخذ الرهن يشبه البيع لان قبض الرهن قبض ضمان ويصير
مستبدلا مستوفيا في العاقبة والوكيل بالبيع عندهما لا يملك البيع بالغبن الفاحش
وعند ابي حنيفة يملك ولو باعه ولم يرتهن لم يجز البيع لانه امره بالبيع بثمن موكد
بالرهن فاذا باعه بثمن غير موكد يصير مخالفا ولو قال بعه برهن ثقة فارتهن
رهنا اقل منه مما يتغابن الناس فيه فهو جايز لانه تحصل التوثيق به لانه مماثل
للدين او مقارب له فصلح وثيقة لان الوثيقة ما يفضي الى الحقيقة وان كان
اقل منه مما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لان توثيق الكثير بجنس القليل لا يعقل
لانه لا يفضي الى استيفايه وان ارتهن رهنا ثقة وقبضه ثم رده على صاحبه
فهو ضامن لانه تعلق به حق الامر لان فايدة التوثيق من جهة الثمن فيكون الوكيل
بالرد مبطلا له فيضمن وانما كتبنا هذه المسايل تكثيرا للفوايد **قوله** فنوى
المال عليه اي على الكفيل **قوله** وقبض الثمن منها اي من الحقوق **قوله**
لا يملك الموكل حجره عنه اي حجر الوكيل عن قبض الثمن **فصل**
انما فصل هذا الفصل عما تقدم وان كان الفصل المتقدم فصل البيع ايضا
لان هذا الفصل في وكالة الاثنين ووكالة الواحد متقدم عليه لا محالة ولكن
مع هذا لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة الا ان يقال يفهم هنا شي اخر غير
الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزوج والكتابة والاعتاق
الاجارة وهنا حسن **قوله** واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف
فيما وكلا به دون الاخر هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان
يوكلها بالخصومة او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض
او برد

او برد وديعة عنده او بقضاء دين عليه والاصل فيما ما ذكر الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع الكبير في كتاب الطلاق ان الوكيلين بالتصرف
اذا انفرد احدهما به ينظر ان كان تصرفا يخاف فيه الغبن ويحتاج فيه الى التروي
ليحصل الاحتراز عن الغبن لا يجوز تصرف المنفرد به لان الموكل في مثل هذا
التصرف لا يرضى الا بمجموع رايهما فكان غير مفوض ذلك الى كل واحد منهما على الاستبداد
وان كان لا يخاف فيه الغبن ينفذ تصرف كل واحد منهما لما لا حاجة في تحصيله الى
اجتماع الراي والتعاون في التاني ليظهر ما عسى ان يتمكن فيه من الغبن فيكون
الموكل راضيا بتصرف كل واحد منهما على الاستبداد وقال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يامر الرجلين بيعا له هذا العبد
بالف درهم فيبيعه احدهما بذلك قال لا يجوز وكذلك ان امر رجلين يخلعان امراته
منه بالف درهم فخلع احدهما لم يجز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في
الاصل واذا وكل الرجل الرجلين ببيع عبد له او دار او دابة او شي من الاشيا
فباع احدهما دون صاحبه فان ذلك لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد
من قبل انه لم يرض براي البايع منهما في الوكالة وحده ولو كان سمى لهما ثمنا فباع
احدهما به لم يجز وان باعا جميعا بذلك الثمن فهو جايز وان لم يسم لهما
ثمنا فباعا جميعا بثمن نسية فان ابا حنيفة كان يقول هو جايز وان
باعا بدراهم شيا يساوي الفا وقال ابو يوسف ومحمد اذا حطا من الثمن ما لا
يتغابن الناس في مثله لم يجز وقال ابو حنيفة ان وكلهما ان يشتريا له شيئا
فزادا على ثمنه ما لا يتغابن الناس في مثله فانه لا يلزمه وقال البيع والشرا في ذلك
مختلف في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هما سوا لا يجوز على الامر
الا ما يتغابن الناس في مثله واذا وكل الرجل الرجلين ان يزوجاه امراة بعينها
او بغير عينها فزوجه احدهما دون صاحبه فان ذلك لا يجوز فان كان
صاحبه حاضرا واجاز ورضي فهو جايز ولو وكلهما بخلع امراة له او مكاتبة

عبد له او بعتق عبد له على مال فامضى احدهما ذلك دون الآخر فان ذلك باطل لا
يجوز ولا ينفذ ولو كان سمّى لهما مالا فامضى احدهما بذلك المال لم يجز وان امضياه
بذلك المال جاز وان لم يسمّ لهما مالا فانطلقا جميعا على درهم او كاتبا على درهم
او اعتقاه على درهم فانه يجوز في قول ابي حنيفة بمنزلة البيع ولا يجوز في قول
ابي يوسف ومحمد الا هنا لفظ الاصل قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا
وكّل الرجل رجلين ببيع عبد او بابتياعه او بتزويج امراة او بخلع امراته منه على
مال او بعتق عبده على مال او بمكاتبته ففعل ذلك احدهما دون الاخر لم يجز الا ان
يجيزه الاخر فيجوز وان وكّلهما بعتق عبده بغير مال او بطلاق امراته بغير مال
ففعل ذلك احدهما دون الاخر جاز الى هنا لفظ الطحاوي رحمه الله قال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان الوكيلين بالمبادلة اذا فعل احدهما
المبادلة دون صاحبه لم يجز ولا ينفذ حتى يجيزه الوكيل الاخر او الموكل وانما لا يجوز
فعل احدهما لان المبادلة لما يتعلق بالراي والمشورة وقد رضي برايهما ومشورتهما ولم
يرض براي احدهما سواء كان الثمن مسمّى او لم يكن مسمّى والوكيل الاخر حاضر او غايب
الا ان في الشرا ينفذ عليه ولا يتوقف لان الشرا اذا وجد نفاذا على العاقد فانه
ينفذ ولا يتوقف بخلاف البيع فانه يتوقف على اجازة الموكل والوكيل وكذلك ~~الوكلا~~ الوكيلان
الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال اذا فعله احدهما لا يجوز حتى يجيزه
الموكل او الوكيل الاخر **واما الوكيلان** بالعتق على غير مال والوكيلان بالطلاق
على غير مال فلا حدهما ان يعتق ويطلق وكذلك الوكيلان بالخصومة لاحدهما ان
يخاصم الا انه اذا انتهى الى قبض المال لا يجوز قبض احدهما حتى يجتمعا لان الخصومة
مما لا يتاتى فيها اقتران بالاجتماع والقبض مما يتاتى فيه الاجتماع وكذلك لو وكّل
اثنين بتسليم ما وهب الى الموهوب له فسلم احدهما صحت الهبة وكذلك لو وكّل اثنين
بقضاء الدين وسلم المال اليهما فقضاه احدهما جاز **واما الوصيان**
فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد كالوكيلين بالبيع
الا

الا في اشياء معروفة نذكرها في الوصايا وعند ابي يوسف لكل واحد منهما
ولاية التصرف على حدة ولو دفع ماله الى اثنين مضاربة فليس لاحدهما
التصرف الا باذن صاحبه بالاتفاق كذا في شرح الطحاوي وقال في شرح الاقطع
فاما التوكيل بالخصومة فلاحدهما ان ينفرد بها **وقال زفر لا يجوز**
وجه قولهم ان الخصومة منهما لا يمكن في حالة واحدة الا ترى ان القاضي لا يفهم
عنهما اذا تكلما معا واذا لم يمكن علم ان الموكل جعل ذلك الى كل واحد منهما يجوز
ان ينفرد وجه قول زفر ان الخصومة تحتاج الى الراي وهو لم يرض براي
احدهما لان راي الاثنين يخالف راي الواحد فلهذا لم يجز لواحد منهما ان ينفرد كما
في الوكالة بالشرا وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير لا ينفرد احد
الوكيلين الا في اربعة اذا وكلهما بالطلاق والثاني اذا وكلهما بالعتاق والثالث اذا وكلهما
برد وديعة او عارية او غصب او دين عليه لرجل **والرابع** اذا وكلهما بالخصومة
لان في الثلثة لا تحتاج الى الراي واما في الخصومة فقد ذكرنا فيها المعنى وذكر في الجامع
لو قال لرجلين طلقا امراتي ان شئتما واردتما فطلقها احدهما لم يقع لانه علق
الطلاق بمشيتهما فلا ينزل عند مشية احدهما وكذلك لو قال امرها بايديكما
لانه جعل الراي اليهما وكذلك لو قال امر امراتي بايديكما فطلقها احدهما لا يقع
لانه جعل الراي اليهما لا الى احدهما **قوله** فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به
قالوا هذا اذا وكلهما بكلام واحد دفعة واحدة بان قال وكلتكما ببيع عبدي
هذا او بخلع امراتي اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان يتصرف
لان كل واحد منهما سلط على البيع والخلع بانفراده **قوله** اذ برد وديعة يريد
بردها لانه اذا وكل الاثنين بقبض الوديعة ليس لواحد منهما ان ينفرد به
قوله علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما اي اعتبر تعليق الطلاق
بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين يعني يشترط ثمة لوقوع
الطلاق دخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق

تا لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا هنا في قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق
ما لم يوجد فعل الطلاق منهما جميعا **قوله** قال وليس للوكيل ان يوكل
فيما وكل به اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان ياذن له الموكل في ذلك
او يقول له اعمل برايك قال الشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
في اوايل كتاب الوكالة وليس للوكيل ان يوكل غيره لانه رضي برايه والناس يتفاوتون
في الراي فلا يكون راضيا براي غيره الا اذا قال له ما صنعت في ذلك
من شيء فهو جايز لانه جعله وكيلا عاما فيملك التوكيل لانه باذنه
قال صاحب الهداية فاذا جاز في هذا الوجه اي اذا جاز توكيل الوكيل
غيره فيما اذا اذن له الموكل في التوكيل او قال له اعمل برايك يكون الوكيل الثاني
وكيلا عن الموكل لا من الوكيل الاول وفايدته ان الوكيل الاول لا يملك
عزل الوكيل الثاني ولا ينعزلان جميعا بموت الموكل **قوله** وقد مر نظيره
في ادب القاضي ونحو ما ذكره في اول فصل قبل باب التحكيم بقوله وليس
للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال ولو قضى الثاني
بحضرة الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة **قوله** قال
فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز اي قال القدوري في مختصره
يعني عقد وكيل الوكيل بحضرة الوكيل الاول قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل وكل رجلا ببيع عبد فامر الوكيل رجلا ببيعه قال
ان باعه والوكيل الاول حاضر جاز ذلك وان باعه وهو غايب عنه لم يجز وقال
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وكل رجلا ببيع عبد فباعه رجل غير الوكيل
فبلغ الوكيل فسلم البيع قال جايز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وقال في شرح الطحاوي وليس للوكيل ان يوكل غيره فيما وكل به الا ان يطلق
له الذي وكله او يجيز امره فيما وكل به فيكون له ذلك لان بناء الوكالة على
الخصوص فليس له ان يفوض الى غيره الا ان ياذن له الموكل بذلك او يقول له في
التوكيل

الوكيل الثاني
بموت الوكيل
الاول ولكن
ينعزلان صح

التوكيل ما صنعت من شي فهو جايز فحينيذ يجوز ولو وكل رجلا ببيع عبد ولم يجز له
ما صنع ولا اذن له في ذلك فوكل الوكيل غيره ببيع ذلك فباعه الوكيل الثاني
فانه ينظر ان باعه بحضرة الوكيل الاول جاز البيع وصار كان الوكيل الاول هو الذي باعه ولو باعه
او الموكل وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سوا كان بحضرة الوكيل
الاول او بغير حضرته وقال ابن ابي ليلى يجوز بيع الوكيل الثاني
بحضرة الوكيل الاول وبغير حضرته **واما** الوكيل بالشرا اذا وكل
غيره فاشترى الثاني فهو على الخلاف الى هنا لفظ شرح الطحاوي
وجه قول ابن ابي ليلى ان الوكيل قايم مقام الموكل والموكل لو وكل غيره
جاز فكذا وكيله لانه لما ملك ان يباشر بنفسه ملك ان يوكل غيره ولهذا
كان للمودع عنده ان يودع غيره فصار كالعبد الماذون والمضارب فانهما
يملكان التوكيل **ولنا** ان الموكل رضي براي الاول دون الثاني فلا ينفذ بيع
الثاني عليه بخلاف مسلة الاذن فان مبناها على العموم بخلاف الوكالة وجه
قول زفر ان الموكل رضي ببيع الاول ولزوم العهدة على الاول ولم يرض
بلزوم العهدة على غيره فلو جاز بيع الثاني كانت العهدة عليه والموكل ما رضي به
ولنا ان المقصود الانتفاع براي الاول فاذا حضر حصل ذلك خلافه
والا فلا ولزوم العهدة ليس بامر مقصود لانه قد يظهر وقد لا يظهر وانما
المقصود وقوع الملك وحصول الثمن ولو باعه الوكيل الثاني حال
غيبة الاول فبلغه فاجاز جاز لانه حصل رايه وقال فخر الاسلام في
شرح الجامع الصغير وزاد في كتاب الوكالة اذا قدر الثمن للوكيل الثاني
صح وان لم يعقد بحضرته لان رايه قد وجد قال في الفتاوي الصغرى
طلبت هذه الروايه في كتاب الوكالة وقت قراتها فلم اجده فيها لكن ذكره
البقالي ايضا وقد وجدته في كتاب الرهن ونقل في الفتاوي الصغرى
عن وكالة شيخ الاسلام خواهرزاده ان الوكيل بالبيع او الاجارة اذا وكل غيره

بغير حضرة الوكيل
لم يجز بيعه حتى يجيزه
الوكيل الاول صح

فباع الثاني او آخر والاول حاضر او غايب فاجاز الوكيل الاول ذلك جاز
فقد شرط الاجازة من الوكيل الاول للجواز وان حصل البيع او الاجارة من الثاني
بحضرة الاول وذكر بعد هذا انه اذا باع الثاني بحضرة الاول يجوز ولم
يشترط الاجازة وهو المذكور في الجامع الصغير ذكر هاتين الروايتين في باب
الوكالة بالقيام على الدار من المبسوط لشيخ الاسلام خواهرزاده ثم قال شيخ الاسلام
خواهرزاده حكى عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة اختلاف
الروايتين لكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع محمول على ما اذا اجاز الوكيل
الاول ذلك والى هذا ذهب عامة مشايخنا ووجه ذلك ان توكيل
الوكيل الثاني لم يصح التحق بالعدم فيكون الثاني فضوليا وعقد الفضولي
لا يتم بمجرد حضرة المجيز ما لم تجز ومنهم من جعل في المسئلة روايتين في
رواية يشترط الاجازة كما ذكرنا وفي رواية يكفي حضور الاول كما ذكر في الجامع
الصغير قال شيخ الاسلام خواهرزاده وعلى هذا احد وكيلي البيع او الاجارة
اذا امر صاحبه فباع بحضرته او اجر جاز في رواية ولا يجوز في رواية ما لم
يجز الامر الثاني او المالك كذا في التتمة والفتاوى الصغرى **قوله** وتكلموا في
حقوقه يعني اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز لكن في حقوق
العقد كلام قال بعضهم ترجع الى الاول لان الموكل رضي بلزوم العهدة على
الاول دون الثاني كذا نقل في الفتاوى الصغرى عن فتاوى البقالي وقال
بعضهم ترجع الى الثاني لان العقد وهو السبب وجد من الثاني واليه ذهب
ابو الليث في خيل العيون **قوله** وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه يعني
اذا باع الاجنبي فاجازه الوكيل بعد بلوغ الخبر جاز **قوله** على ما بينا
اشارة الى قوله في المسئلة المتقدمة والبدل مقدرا ولكن التقدير لا يمنع
استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري يعني في اختيار المشتري
الذي لا يماطل في تسليم الثمن **قوله** قال واذا زوج المكاتب او الذمي
او العبد

او العبد ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز وصورته
المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الذمي او المكاتب
او العبد يزوج واحد منهم ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة قال لا يجوز
وكذلك ان باع لها او اشترى لم يجز الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وذلك لقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وليس الكافر من اهل الولاية
على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وقال تعالى
والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقال تعالى والمؤمنون بعضهم اولياء بعض و
لهذا لم يكن الكافر من اهل الشهادة والحكم عليه والعبد لا ولاية له على نفسه
الا ترى الى قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فاذا لم يكن له ولاية
على نفسه لم يكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية
القاصرة ولهذا لم يصلح العبد ان يكون قاضيا ولا **سلطانا** ولا شاهدا وكذلك
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان الولاية على الصغار في الصغاير تثبت نظرا
لهم لعجزهم والنظر انما يتحقق من القادر المشفق ولا شفقة للكافر على المسلم ولا
قدرة للرقيق فانتفت الولاية لعدم تحقق النظر وكذلك لو اشترى واحد
منهم لها او باع للمعنى الذي قلنا **قوله** قال ابو يوسف ومحمد والمرتد
اذا قتل على ردته والحربي كذلك وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه
قال يعقوب ومحمد وكذلك عندنا المرتد اذا مات على ردته والحربي المستامن
لا يجوز شرى واحد منهما ولا بيعه ولا انكاحه على ابنته اذا كانت ابنته صغيرة
مسلمة ولا يزوجها ولا يرثها الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الفقيه
ابو الليث هذا في قولهم جميعا واما لم يكن للحربي ولاية لما تلونا ولانه ابعد من
الذمي لان الذمي من اهل دارنا وقد قبل الجزية التي هي خلف الاسلام والمستامن ليس
من اهل دارنا ولم يوجد منه خلف الاسلام فاذا لم يثبت الولاية للذمي على الصغيرة
المسلمة فاولى ان لا يثبت للحربي ولهذا لم يجز شهادة الحربي على الذمي **واما**

المرتد فان ولايته موقوفة بالاجماع اما ابو حنيفة فمر على اصله ان عقوده
في ماله نفسه موقوفة وكذلك في مال ولده واما ابو يوسف ومحمد وان كانا
يجيزان عقوده في ماله لنفسه ويجعلانه بمنزلة المسلم في البيع والشراء
يجعلان عقوده في مال ولده موقوفة فان اسلم جاز والا فلا لان الولاية
نظرية واتفاق الملة داع الى النظر وذلك متردد بين الوجود والعدم
لانه معدوم في الحال لكنه يرجى وجوده لا يجبر عليه فيوجب التوقف فاذا
قتل على ردته استقرت جهة الانقطاع فبطلت عقوده لانه لا ولاية للكافر
على المسلم وان اسلم كانه كان على الاسلام فنفذت عقوده لان الارتداد كان عارضا
فاذا ارتفع العارض زال حكمه وعاد حكم الاصل على ما كان قال فخر الاسلام في
شرح الجامع الصغير وهذه من مسائل الوكالة وتوقف الولاية في كتاب المأذون
قوله وذلك اشارة الى الولاية النظرية **قوله** وهي اي المسئلة **قوله**
فيبطل اي تصرف المرتد

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا اخر
تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا اطلاقا لاسم السبب على المسبب اخر ذكر الو
كالة بالخصومة عما ليس بمهجور بل هو مطلق يجري على حقيقته **قوله**
والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض هذا لفظ القدوري في مختصره وقال قاضي خان
في شرح الجامع الصغير هذا ظاهر الرواية وقال في اشارات الاسرار الوكيل بالخصومة
يملك قبض الدين عندنا خلافا لزفر وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته الوكيل
بتقاضي الدين له القبض اتفاقا وجه قول زفر انه رضي بهدايته في
الخصومة لا بامانته في القبض اذ يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض
فلا يملك القبض ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة بالقبض
لان تناهيها به فانصرف الامر بالخصومة الى انهائها بالقبض فملك القبض ولان
المقصود من الخصومة الاستيفاء فيكون الاستيفاء من حقوقها فمن كان وكيلا
بشي

بشيء كان وكيلا بحقوقه كالوكيل بالبيع وقال في الواقعات في باب الوكالة
بعلامة النون الوكيل بالتقاضي او بالخصومة ليس له ان يقبض الدين في زماننا لان
الخيانة ظهرت فيما بين الناس وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصا في الوكلاء على
باب القاضي وبه اخذ الفقيه ابو الليث **قوله** لانه في معناه وضعا اي
لان التقاضي في معنى القبض فيه نظر لانه قال في المغرب تقاضيته بديني واستقضيته
طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي اخذته **قوله** الا ان العرف بخلافه اي
بخلاف الوضع يعني لا يراد القبض من التقاضي في عرف الناس لانهم لا يفهمون منه
بل يفهمون من التقاضي المطالبة ونحن لا نسلم ان الوضع على خلاف العرف بل
يراد منه في الوضع ما يراد منه في العرف **قوله** والفتوى على ان لا يملك
يعني ان الوكيل بتقاضي الدين يملك القبض اتفاقا في جواب كتاب الوكالة لكن
فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان **قوله** فان كانا وكيلين بالخصومة
لا يقبضان الا معا وهذه من مسائل الجامع الصغير وقد بينا قبل هذا الفصل ان
الوكيلين بالخصومة لاحدهما ان يخاصم الا انه اذا انتهى الى قبض المال
لا يجوز قبض احدهما وذلك لان شرط اجتماعهما على الخصومة يلتبس الامر
على الحاكم بالشغب فلم يلزم اجتماعهما ثم لا يجوز لاحدهما **قوله**
بخلاف الخصومة على ما مر يعني ان الوكيلين بالخصومة لا يشترط اجتماعهما
على الخصومة بل يجوز لاحدهما ان ينفرد بالخصومة كما مر في اول الفصل
المتقدم عليه قوله واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكل
به دون الاخر الا ان يوكلهما بالخصومة وعند زفر ليس للوكيل بالخصومة
ان يقبض الدين قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير
ومشايخ هذه البلدة كانوا يقولون بقول زفر وبه ياخذون يعني
مشايخ بلخ قال وبه ناخذ **قوله** والوكيل بقبض الدين يكون
وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة وهذه من مسائل مختصر القدوري

قال الفقيه ورأيت في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة الوكيل بقبض
الدين وكيل بالخصومة فإن أقام المطلوب البينة أنه قضى الموكل قبلت بينته
عليه وقالا لا تقبل بينته على القضاء إلا أن الخصومة تسقط وروى
الحسن عن أبي حنيفة مثله إلى هنا لفظ كتاب التقريب وقال في إشارات
الأسرار الوكيل بقبض الدين يسمع عليه البينة بقبض الموكل أو بإبرائه
عن الدين عند أبي حنيفة خلافا لهما ثم إنما قيد بالوكيل بقبض الدين لأن الوكيل
بقبض العين لا يكون خصما إجماعا ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ
الإسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة إجماعا إن
كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب وقال محمد في الجامع
الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له في يدي رجل عبد وكل رجلا
بقبضه من الذي العبد في يديه ثم غاب الموكل فأقام الذي في يديه العبد
البينة أن الغائب قد باعه إياه قال أقفه حتى يحضر الغائب وكذلك الطلاق
والعتاق وكل شيء إلا الدين فإنه إذا كان لرجل على رجل دين فوكل رجلا بقبضه فأقام
الذي عليه الدين البينة أنه قد أوفاه قبلت بينته وقال أبو يوسف ومحمد هذا
والأول سواء إلى هنا لفظ محمد في الأصل الجامع الصغير وجه قولهما أنه مأمور بالقبض
والقبض غير الخصومة فلا يكون الوكيل بقبض الدين وكيلا بالخصومة بيان المغايرة
أن القبض يعتمد على أمانة الرجل والخصومة يعتمد على جدله فإذا كان كذلك
لم يملك الخصومة كالوكيل بقبض العين وكما لو طلب الآمر منه ذلك بصيغة
الأمر لا بصيغة التوكيل لكن يوقف الأمر احتياطا حتى لا يكون له ولاية القبض إلى
أن يحضر الغائب ووجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن التوكيل بقبض
الدين توكيل بالتمليك والتملك لأنه توكيل بتملك المقبوض بمقابلة ما في الذمة
قصاصا لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها لأن الدين لا يمكن قبضه لأنه
وصف ثابت في الذمة لكن لما أخذ المقبوض كان على القابض مثله على المطلوب

فالتقى

فالتقى الدينان قصاصا فلما كان هذا توكيلا بالتمليك كان خصما عن الغائب في
التمليك فيقضى على الغائب كالوكيل بالشراء والوكيل بأخذ الدار بالشفعة إذا
قامت عليه البينة أن الموكل سلم الشفعة صحت وقضي بذلك وكذلك الوكيل
بالرجوع في الهبة خصم وكذا الوكيل بالقسمة والرد بالعيب كذا هنا قالوا في شروح الجامع
الصغير أن الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء لأنه
خصم قبل قبض الدين كما أن الوكيل بأخذ الشفعة خصم قبل قبض الدار بخلاف الوكيل
بالشراء فإنه لا يصير خصما قبل مباشرة الشراء وهذا بخلاف الوكيل
بقبض العين فإنه ليس بخصم لأنه أمين محض لم يوجد فيه معنى التمليك
والمبادلة فلم يكن خصما فكان كالرسول وبخلاف الوكيل بنقل المرأة والعبد
والأمة إذا أقامت المرأة البينة على الطلقات الثلاث أو أقام العبد والأمة
البينة على الإعتاق حيث لا يكون الوكيل خصما ولا يسمع البينة على الطلاق
والعتاق إلا لقصر اليد استحسانا ويوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب والقياس
أن لا يوقف الأمر بل كان ينبغي أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة بطلت لقيامها على
غير خصم وجه الاستحسان في قبول البينة في قصر اليد خاصة أن الوكيل
في نفس القبض قائم مقام الموكل فجعل خصما في إبطال حق القبض احتياطا فإذا
حضر الغائب يعاد عليه البينة قال فخر الإسلام ذكر الاستحسان والقياس
في كتاب الوكالة وأورد القدوري سؤالا وجوابا في كتاب التقريب فقال فإن
قيل لو كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتمليك لم يجز توكيل المسلم في قبض الخمر كما
لا يوكل في تمليكها فالجواب أن هذا تمليك من طريق الحكم والمسلم يصح أن
يملك الخمر حكما وإن لم يجز عقده عليها **قوله** نفسه بالحق على أنه بدل
من الدين **قوله** إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه استثناء من
قوله لأن الديون تقضى بأمثالها يعني أن الديون وإن كانت تقضى بأمثالها
لا بأعيانها لما بينا آنفا إلا أن المقبوض جعل له حكم عين الدين في [illegible]

دين الدين يجبر على القبض فلو كان تمليكا محضا ليس فيه معنى استيفاء عين الحق
لم يجبر على القبض وكذا اذا ظفر بجنس حقه حل له التناول **قوله** فاشبه الوكيل
باخذ الشفعة اي اشبه الوكيل بقبض الدين الوكيل باخذ الشفعة يعني انه
خصم فكذا هذا **قوله** والرجوع في الهبة بالجر عطف على قوله باخذ الشفعة
يعني اذا وكل وكيلا بالرجوع في الهبة كان خصما حتى اذا اراد الرجوع فاقام
الموهوب له البينة ان الواهب اخذ العوض تقبل بينته **قوله** والقسمة بالجر
ايضا عطفا على ما قلنا يعني ان احد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم شريكه
فاراد الوكيل المقاسمة فاقام الشريك الاخر البينة ان الموكل اخذ نصيبه تقبل
بينته لان الوكيل خصم لان في القسمة معنى التمليك **قوله** والرد بالعيب بجر الدال
عطفا على ما قلنا ايضا يعني ان المشتري اذا وكل وكيلا برد المشتري بسبب العيب
فاقام البائع البينة ان المشتري رضي بذلك قبلت بينته **قوله** وهذا لان
المبادلة تقتضي حقوقا اشارة الى قوله انه وكله بالتملك فاشبه الوكيل باخذ الشفعة
يعني انه لما وكل الوكيل بالقبض بالتملك كان فيه معنى المبادلة والمبادلة تقتضي حقوقا
من التسليم والتسلم والرد بالعيب والوكيل في الحقوق اصيل فكان خصما **قوله**
انه خصم في قصر يده اي الوكيل جعل خصما في حق قصر يد التوكيل لا غير
فيقصر يده اي يد الوكيل والبيان مر انفا **قوله** وكذلك العتاق والطلاق
وغير ذلك قال محمد في الاصل واذا وكل الرجل رجلا بقبض عبد له او
جارية فادعى العبد العتاق من مولاه واقام البينة فاني لا ادفعه
الى الوكيل ولا اقضي بالعتق ولكني اقفه لانه لم يوكل بالخصومة في ذلك وانما
وكله بقبضه وبالجارية وكذلك لو وكله باخراج امراة له فاقامت المراة
البينة ان زوجها قد طلقها ثلثا وكذلك لو وكله بقبض دار فاقام الذي
في يديه الدار البينة انه اشتراها من الذي وكله فاني لا انفذ ذلك كله عليه
لانه لم يوكله بالخصومة لو وكله بقبض دين له فاقام الغريم البينة انه قد اوفاه
الطالب

الطالب قبلت ذلك منه وليس هذا كالدار والعبد لان الدار شيء بعينه
والدين ليس بشيء قائم بعينه وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ليس
بخصم في شيء من ذلك واقف ذلك كله الدين وغيره سواء الى هنا لفظ
محمد في الاصل **قوله** دون العتق والطلاق اي تقبل بينة المراة والعبد والامة
في حق قصر يد الوكيل خاصة لا في حق العتق والطلاق **قوله** واذا اقر
الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه وان اقر في غير
مجلس القضا لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج من
الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره وان اقر في غير مجلس القضا وهذه
من مسايل القدوري ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل له على رجل مال فوكل رجلا بالخصومة فيه والمدعى عليه يجحد فاقر الوكيل عند
القاضي ان الذي وكله قد استوفاه قال يقضى على الذي له المال باقرار الوكيل وان
اقر عند غير قاض فشهد عليه بذلك شاهدان لم يقض على الذي له المال
بذلك الا ان الوكيل لا يقضى له بدفع المال اليه اذا شهدت الشهود باقراره و
هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اقراره يلزم الموكل عند القاضي
وعند غير القاضي وهو لازم الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال في الاصل
واذا وكل الرجل بالخصومة في شيء فهو جائز وهو خصم بمنزلة الذي وكله غير
انه لا يجوز اقرار الوكيل على الذي وكله الا عند القاضي فاما عند غير
القاضي فلا يجوز هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز اقراره
عند القاضي وعند غيره وتقبل البينة عليه بذلك الى هنا لفظ الاصل و
قال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة ومحمد يجوز اقرار الوكيل على
موكله بحضرة الحاكم ولا يجوز بغير حضرته وقال زفر لا يجوز في الحالين
الى هنا لفظ التقريب وقول ابي يوسف اولا كقول زفر كذا في المختلف وكذلك
قول الشافعي مثل قوله ايضا وقول مالك في التفريع كقوله ايضا وقال

في كتب الحنابلة ولا يصح اقرار الوكيل على موكله لا عند الحاكم ولا عند غيره ولا صلحه عنه
ولا الابراء الا ان يصرح بذكر ذلك في توكيله ثم اعلم ان قول قول ابي حنيفة
ومحمد استحسان وقول زفر قياس كذا ذكره فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع
الصغير وصورة المسئلة ما اذا كان الوكيل وكيل المدعي فاقر ببطلان الحق او كان
وكيل المدعى عليه فاقر بلزوم الحق عليه وجه قول زفر انه وكله بالخصومة و
المنازعة والاقرار مسالمة ومساعدة فكان بين الاقرار والخصومة تضاد
فلا يدخل تحت ما يضاده فلا يجوز اقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز
صلحه وابراؤه ثم ان الصلح اقرب الى الخصومة من الاقرار ولو وكله بالخصومة
واستثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا يقر علي فاقر الوكيل
لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله لبطل
الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا
يجوز ولان الداخل تحت الاجواب هو منازعة وهو الانكار لا الاقرار تمسكا
بحقيقة اللفظ وعملا بالعرف لان الحاجة في الاستنابة واختيار الاهدى
فالاهدى انما يكون في المناكرة دون الاقرار والعرف يصلح دليلا معينا كما
في التوكيل بشرى اللحم والخبز ينصرف الى وقت الحاجة بالعرف فكذا هنا **ولنا**
ان حقيقة التوكيل بالخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فيصار
الى المجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء ومطلق الجواب يصلح مجازا لان الخصومة
سبب الجواب واطلاق السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز ثم
مطلق الجواب يتناول الانكار والاقرار جميعا فكما ان انكار الوكيل يصح من حيث
انه جواب فكذا يصح اقراره من حيث انه جواب لان الجواب تارة يكون نعم وتارة
يكون بلا فصح اقرار الوكيل كانكاره ولا يقال بان الخصومة جواب مقيد فينبغي
ان لا يملك مطلق الجواب اذ المطلق فوق المقيد لانا نقول المقيد
يشتمل على الاصل والوصف والمطلق يتعرض للاصل دون الوصف فكان في المقيد ما
في المطلق

في المطلق وزيادة فجاز جعله مجازا عنه والى هذا اشار شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد والجواب عما قال زفر ان التوكيل
ابدا انما يكون بما يكون مملوكا للموكل واحد الجوابين من الانكار والاقرار ليس
بمملوك له قطعا لان خصمه اذا كان محقا يلزمه الاقرار واذا كان مبطلا يلزمه
الانكار فلم يتعين احد الجوابين الذي هو عبارة عن الخصومة وهو الانكار
لاحتمال وتردد في كونه مرادا فحمل كلامه بعد ترك حقيقته على ما ينطلق
عليه اسم الجواب مطلقا مجازا ثم الاقرار والانكار في دخل تحت مطلق
الجواب فيصح اقرار الوكيل كالانكار لا باعتبار انه اقرار ولا باعتبار انه انكار
بل باعتبار انه جواب ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر او شرائها
فانه يجوز على مذهب ابي حنيفة مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه لانا
نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لتصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا
قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على انا نقول ان للمسلم
ولاية جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم
التصرف فيما تصرف بولايته ولا يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل
الاقرار وقد مضى بيان ذلك في اول كتاب الوكالة عند قوله ومن
شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام ولا يلزم
على هذا اقرار الاب والوصي على اليتيم فانه لا يجوز لانه غير موكل بالجواب
ولا مامور به اذ تصرفهما بالولاية على طريق النظر ولا نظر فيه ولا يلزم
اقرار الوكيل بالقصاص والحد حيث لا يجوز على الموكل لشبهة عدم الامر
بذلك والجواب عن القياس على الصلح فنقول انما لم يصح صلح الوكيل لان
الخصومة ليست لسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق
باختيارهما والجواب عما اذا استثنى حيث يصح ويبطل اقرار الوكيل
فنقول لا نسلم انه يصح الاستثناء بل لا يصح الاستثناء عند ابي يوسف

كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير في اصول فقهه ايضا في باب
بيان التغيير فعلى هذا يصح اقراره لبطلان الاستثنا. وهذا لان الموكل وكله بما لا
يملكه وهو انكار الحق ولئن سلمنا انه الاستثنا على ما روي عن محمد فنقول
انما صح لان تصيفه الاستثناء الاقرار دليل على ملك الموكل الاستثنا الاقرار لان
غرضه انكار الوكيل واذا كان غرضه الانكار الذي احد الجوابين عينا لم يصح
اقراره لانه لا يمكن ارادته مجازا عن الخصومة للتردد في احد الجوابين عينا
بخلاف ما اذا اطلق التوكيل بالخصومة ولم يستثن الاقرار حيث يصح اقرار الوكيل
على الموكل خلافا للكلام على ما هو الاولى وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فرق
بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب فقال ان كان المطلوب واستثنى الاقرار لا يصح
لان المطلوب مجبر على الخصومة ولا يملكه التوكيل بما فيه اضرار الطالب
بخلاف الطالب لانه لا يجبر قال في تتمة الفتاوى اذا وكل بالخصومة واستثنى
الاقرار صحت الوكالة والاستثنا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يصح وعن
محمد يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه
مجبور عليه **فان قلت** التوكيل لاجل حاجة الموكل وهو لا يحتاج الا للتوكيل
بالاقرار ظاهرا لانه لا يعجز عن الاقرار بنفسه فينبغي ان لا يصح اقرار الوكيل
عليه لانه ليس بمامور بالاقرار ظاهرا **قلت** لا نسلم انه لا يحتاج الا التوكيل
بالاقرار لانه ربما لا يعرف توجه الحق اولا يهتدي الدعوى فيوكل من هو اعلم
منه او ربما يوكله ليقر بهذا القدر على وجه لا يلزمه شي اخر ويندفع عنه
خصومة اخرى ثم بني الكلام ح ابي يوسف وجه قوله ان الوكيل قايم مقام
الموكل فاقرار الموكل يجوز في مجلس القضاء وغيره فكذا اقرار وكيله لانه نايب
منابه ووجه قولهما ان اقرار الوكيل انما يصح باعتبار انه جواب الخصومة
مجازا والخصومة تختص بمجلس القضاء فكذا جوابها الا ترى انه لا يقع سماع بينة
ولا استحلاف ولا اعداء ولا حبس الا عند القاضي وما يكون في غير مجلس القاضي
يكون

يكون صلحا فاذا الجواب المعتبر هو الجواب في مجلس القضاء لم يعتبر اقرار الوكيل
على موكله في غير مجلس القضا. فاذا قامت البينة على اقراره ذلك خرج من
الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه مع الاقرار لا يصلح للخصومة لانه مناقض
في دعواه لانه كذب نفسه بالقول الاول **قوله** ولهذا لا يملك الصلح
والابراء هذا استدلال من زفر بالاحكام منها هذه اي ولاجل ان الامر بالشيء لا
يتناول ضده لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء لان الخصومة ضد ذلك
ومنها انه اذا وكله بالخصومة واستثنى الاقرار صح الاستثناء وبطل اقرار الوكيل
لان الامر بالشيء لا يتناول ضده وهذا لانه مامور بالمنازعة والاقرار مسالمة
وبينهما تضاد ولهذا اذا اقر في غير مجلس القاضي لا يصح **ومنها** اذا وكله بالانكار
فاقر لا يصح لان الانكار منازعة والاقرار ضدها **قوله** وكذا لو وكله بالجواب
مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وكان هذا
سهو القلم من صاحب **الهداية** وظني انه اراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة
يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعني لما كان الامر بالشيء لا يتناول
ضده حتى لم يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الاقرار فكان التوكيل
بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو مسالمة
وهو الاقرار ولاجل ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار
في التوكيل بالخصومة الاهدى في الخصومة فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام
صاحب **الهداية** باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا
لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المامور به هو مطلق الجواب
وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا ولا مضادة بين الجواب والاقرار بخلاف
المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة
ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر
يصح نعلم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد

تخيّر بعض الشارحين في هذا المقام فقال هذه مسئلة مبتدأة لا للاستشهاد
فاقول لو قال صاحب الهداية في هذا المقام كما قلنا اولا في بيان قول زفر
بقولنا ولان الداخل تحت الامر جواب هو منازعة وهو الانكار لا الاقرار تمسكا
بحقيقة اللفظ وعملا بالعرف لان الحاجة الى الاستنابة واختيار الاهدى
فالاهدى انما يكون في المناكرة دون الاقرار كان اولى واقرب الى التحقيق قوله
التوكيل صحيح قطعا اي التوكيل بالخصومة صحيح اجماعا قوله دون احدهما
عينا اي دون احد الجوابين عينا وقد بيناه قبل هذا قوله وطريق المجاز اي بين
الخصومة ومطلق الجواب وقد مر البيان انفا قوله على ما نبينه اشارة الى ما ذكره عند قوله هما
يقولان ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة قوله فينصرف اليه اي ينصرف التوكيل
بالخصومة الى مطلق الجواب قوله ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح اذا
استثنى الاقرار قوله عند الاطلاق يحمل على الاول اي عند اطلاق التوكيل بالخصومة عن استثناء الاقرار
يحمل التوكيل بالخصومة على ما هو الاول وهو مطلق الجواب قوله وعنه اي وعن
محمد قوله ولم يصححه في الثاني اي لم يصحح استثناء الاقرار من المطلوب قوله لكونه مجبورا عليه اي على
ترك الانكار او يقال لكون المطلوب مجبورا عليه في الخصومة قوله فبعد ذلك يقول ابو يوسف هذا شروع
في بيان الحاجة مع زفر قوله وهما يقولان اي ابو حنيفة ومحمد
قوله ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا يعني ان التوكيل
بالخصومة يراد به الجواب ان كان انكارا كما قال زفر يكون ذلك حقيقة في الخصومة
اذ لا فرق بين الانكار والخصومة وان كان اقرارا كما قلنا نحن جميعا كان تناول
الخصومة على الاقرار مجازا لان الخصومة سبب للجواب وهو يشتمل على الاقرار و
الانكار جميعا ثم الخصومة تختص بمجلس القضاء فكذا جوابها قوله فيختص به اي
يختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قوله وصار كالاب والوصي اذا اقر
في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما يعني ان الاب والوصي اذا ادعى
شيئا للصغير فانكر المدعا عليه فصدقه الاب والوصي ثم جاء يدعي ذلك المال
لا يدفع

لا يدفع المال اليهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال باقرارهما
على الصبي فكذلك هنا لما خرج الوكيل من الوكالة بالاقرار في غير مجلس القضاء
لا يدفع المال اليه ومسئلة التوكيل بالخصومة من مسايل طريقة الخلاف قد بيناها
بحسب ما لاح لنا فمن طلب المزيد فعليه بكتب المتقدمين رضي الله عنهم قوله
قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن
وكيلا في ذلك ابدا اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل عليه مال لرجل فكفل به عنه انسان فوكل صاحب المال
الكفيل بقبضه من الغريم قال لا يكون وكيلا في ذلك ابدا هذا لفظ محمد فيه وانما
لم يصح الوكالة لوجهين احدهما ان الوكيل هو القائل لغيره بسبيل النيابة وهذا عامل
لنفسه لانه بقبض الدين عن الغريم يبرئ ذمة نفسه عن الضمان فبين الامرين
تضاد فلا يصح الوكالة والثاني ان الكفيل ضمين والوكيل امين فلا يصح الوكالة لئلا
يلزم ان يكون الضمين امينا وهذا لان قبول قول الامين واجب وقبول قول الضمين
ليس بواجب لانه يدعي براءة نفسه فاذا انتفى قبول قول هذا الوكيل لكونه
كفيلا انتفت الوكالة ايضا لان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فقال في
شروح الجامع الصغير نظير هذا ما ذكر في الماذون ان المولى اذا اعتق عبده الماذون
المديون ضمن قيمته والعبد يطالب بجميع الدين كان المولى كفيلا عنه فان وكل
الطالب المولى بقبض الدين من العبد كان باطلا لان المولى في قبض الدين من العبد عامل
لنفسه فلا يصلح وكيلا عن غيره قال في كتاب الماذون من شرح الطحاوي المولى
اذا اعتق عبده المديون جاز عتقه لانه يملك باقي فيه والغرماء بالخيار ان شاءوا
اتبعوا العبد بالدين وان شاءوا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالما
بالدين او لم يكن بخلاف الجناية فان العبد اذا جنى فاعتقه المولى ان كان عالما بالجناية
صار مختارا للفداء وان كان غير عالم لم يلزمه شيء الا قدر القيمة لا غير وفي باب الدين
يلزمه القيمة وان كان عالما والفرق بينهما ان الضمان وجب على المولى في الجناية لانه عا

على قلته انه كان يتخلص منه بالدفع فبالعتق ابطل حق الدفع فيختار مختار اللدية ان كان عالما **واما** في الدين فهو في ذمة العبد الا ترى انه يباع فيه والمولى ابطل حق البيع ولو بيع لا يكون الا قدر القيمة لانه في الظاهر لا يشترى باكثر من القيمة فلذلك لزمه القيمة وفي مسئلتنا لو اختار اتباع المولى يكون ابراء للعبد ولو اتبع العبد لا يكون ذلك ابراء للمولى بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما انقطع حقه عن الاخر والفرق بينهما ان هناك وجب على كل واحد منهما على طريق الاصالة فاذا ضمن احدهما فقد ملكه فبعد التمليك لا يملك الرجوع عنه **واما** ههنا الدين وجب على العبد الا انه وجب على المولى على سبيل الكفالة اذ ليس في هذا التضمين تمليك الدين من المولى فيثبت انه كالكفيل ومن طالب الكفيل او المكفول عنه لا يكون في ذلك ابراء للاخر فلذلك افترقا الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقال الشيخ ابو المعين النسفي في الباب الثاني من كتاب الوكالة من شرح الجامع الكبير رجل له على رجل اخر الف درهم ورجل بها كفيل فامر رب المال احدهما ان يبرئ صاحبه فابراه جاز **اما** اذا وكل الاصيل بابراء الكفيل فلانه وكله بابراء غيره عن الدين لا بابراء نفسه فان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل والتوكيل بابراء الغير جائز **واما** اذا وكل الكفيل بابراء الاصيل فلانه وكل الكفيل بابراء ما عليه تبعا لغيره وفي براءة الاصيل ولو وكله بابرائها على مقصودا جاز فهذا اولى وكذلك عبد عليه دين امر رب المال ان يبرئه المولى لانه امر المولى بابراء غيره ولو امر بابراء نفسه صح فهذا اولى وقيل هذا اورد سؤالا وجوابا في ابراء النفس فقال فان قيل الوكيل من يكون عاملا لغيره وهو عامل للنفس قيل له ان كان عاملا لنفسه من حيث انه يفرغ ذمته من الدين فهو عامل لرب المال من حيث انه يسقط دينه عن نفسه فيصلح وكيلا من حيث انه يعمل لرب المال الا انه لا يصلح من حيث انه يعمل لنفسه وقد ورد الامر بهذا فان الشرع ورد بتخيير المراة في باب الطلاق والمخيرة فيما تختار نفسها عاملة لنفسها من وجه

وجه ولغيره وجها من وجه والباقي يعلم في شرح الجامع الكبير **قوله** لم يكن وكيلا في ذلك ابدا اي قبل براءة الكفيل وبعدها **قوله** فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير **قوله** فينعدم بانعدامه لا زمته اي بتعديم التوكيل يعني لا يصح بانعدام لازمته التوكيل وهي قبول قول الوكيل لان الملزوم ينتفي بانتفاء اللازم **قوله** ضمن قيمته للغرماء اي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا او معسرا **قوله** فلو وكله الضمير راجع الى المولى **قوله** لما بيناه وهو انه يصير عاملا لنفسه لانه مبرئ نفسه **قوله** قال ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم المال اليه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده والامر بتسليم الدين الى الوكيل مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجبر على التسليم كذا في شرح الاقطع واذا ادعى انه وصي الميت فالصحيح انه لا يجبر بالتسليم اليه **وحكى** الخصاف بعضه لانه يلزم اسقاط ولاية القاضي التي يثبت بثبوت الموت وجه قولنا ان المديون اقر للوكيل بحق وهو استحقاق القبض وليس فيه ابطال حق الغايب بل هو اقرار على نفسه في خالص ماله فيصدق فيجبر على التسليم اذا ابى كما اقر له بدين ثم ابى ان يدفع وكما اذا صدقه في دعواه انه وارث الميت لا وارث له غيره فان قلت يرد على هذا الوكيل بقبض الوديعة فان المودع اذا صدقه ثم ابى ان يدفع اليه لا يجبر على التسليم اليه قلت انما لا يجبر المودع على التسليم لانه اقر بثبوت الحق في القبض في ملك الغير لان الوديعة ملك الغير فلم يصح اقراره في ملك الغير فلاجل هذا لم يجبره القاضي على التسليم بخلاف الدين فان اقراره بحق القبض وقع في ملك نفسه لا في ملك الغير لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وكان اقراره صحيحا فاجبر على الدفع وليس كذلك اذا كذبه في الوكالة فانه لا يجبر على التسليم لانه لم يثبت الوكالة اصلا لا في

حق الغايب ولا في حق المديون وفي التصديق ثبتت الوكالة في حق المديون وان لم يثبت في
حق رب المال فاجبر على الدفع كما اذا اقر ان صاحب الدين مات وهذا ابنه لم يثبت النسب في
حق صاحب الدين ومع هذا يؤمر بالدفع اليه لان النسب ثبت في حق المقر
قال فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا وذلك لان الغايب
لما لم يصدقه في دعوى براءة ذمته عن الحق لم يصح الاداء فامر بالدفع ثانيا
الى الموكل قال في شرح ادب القاضي في باب اثبات الوكالة كان للغريم ان يحلفه
بالله ما قبض فلان بن فلان الفلاني هذا المال ما نزل ووكالتك لان الغريم
يدعي عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف فان حلف كان له ان يرجع على
الغريم والغريم يرجع على الوكيل فيأخذ ما دفع اليه ان كان قايما في يده لان الوكيل
اخذه للغير وذلك الغير قد اخذ حقه ثانيا فوجب للغريم رد ما قبضه لان
غرضه وهو براءة ذمته لم تحصل بالدفع اولا وان ضاع المال في يده ليس للغريم
ان يرجع على الوكيل لانه لما صدقه في الوكالة اعتقد انه امين في القبض ولكن
الموكل يظلمه فيما يطالبه ثانيا فلما كان امينا كان محقا في القبض ثم لما اخذ الغريم
من الوكيل كان في ذلك ظالما فلا يجوز لاحد ان يظلم غيره وان كان هو مظلوما وهذا
معنى قوله والمظلوم لا يظلم وان نكل الطالب عن اليمين كان ذلك بمنزلة الاقرار
فلا يكون له بعد ذلك سبيل لا على المطلوب ولا على احد غيره ثم الغايب اذا لم يصدق
الوكيل ليس له ان يطالب الوكيل وقال بعض اصحاب الشافعي ان شاء ضمن الوكيل
قال الشيخ ابو نصر البغدادي رحمه الله وهذا لا يصح لان حقه في ذمة الغريم لم يتغير بالدفع
فكان له اتباع الذمة **فاما** الوكيل فانما قبض مال الدافع فلا سبيل لصاحب الدين
عليه فان **قيل** ان الوكيل قد اعترف انه قبض مال صاحب الحق وانه ائتمنه عليه
فاذا لم يقبل قوله في الامانة بقي قبضه لمال غيره بغير امره فيضمن **قيل له لما كذبه**
في هذا الاقرار سقط حكم الاقرار وصار كانه لم يكن فلا يتعلق به حكم قال الخصاف في ادب
القاضي وان اقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فطلب الوكيل يمينه على العلم لم تحلف
عليه

عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحلف بالله ما يعلم ان الطالب وكله
بقبض ذلك منه وذكر في شرح ادب القاضي قول محمد مع ابي يوسف ووجه
قولهما ان الوكيل يدعي عليه ما لو اقر به لزمه فاذا جحد يستحلف ليقام نكوله مقام
اقراره ووجه قول ابي حنيفة ان اليمين انما يبتنى على خصومة متوجهة و
الخصومة لم تصح لانه انما يكون خصما اذا ثبت كونه وكيلا ولم يثبت اليمين لا تستحق
على الانسان من غير خصم قال شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي وهذه المسألة
في الحقيقة يبتنى على ان النكول بدل او اقرار فعندهما اقرار فكل ما يعمل فيه الاقرار
يعمل فيه النكول ولو اقر المطلوب بان هذا الرجل وكيل الطالب فانه يصح منه
ويجبر على الدفع وكذلك يحلف لينكل فيجبر على الدفع اليه وعند ابي حنيفة النكول
بدل فما لم يعمل فيه البدل لا يعمل فيه النكول وبذل المطلوب الوكالة بهذا المعنى
لا يصح واذا لم يصح فيه البدل لا فايدة في النكول الذي هو بدل فلا يحلف
قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع هذا استثناء من قوله وان كان ضاع في يده
لم يرجع عليه اي اذا ضاع المال في يد الوكيل لا يرجع المطلوب عليه اذا اخذه
الطالب منه ثانيا الا اذا جعل المطلوب الوكيل ضامنا عند الدفع
اليه وقال اضمن لي ما دفعت اليك حتى اذا اخذ مني الطالب ثانيا اخذ ما
دفعته اليك منك فحينئذ يرجع على الوكيل وان كان صدقه على الوكالة
وذلك لان المأخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم المديون
والوكيل لان احد الدينين يكون قضاء عن الاول فكان التضمين
كفالة مضافة الى حال قبض رب الدين ثانيا فصحت الكفالة كما اذا كفل
بما ذاب على فلان اي بما يجب فانها كفالة مضافة الى الوجوب في المستقبل
فكذا هذه فافهم قال شيخ الاسلام علي الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
للحاكم الشهيد في باب الوكالة في الدين فان ضاع المال في يده رجع به
الغريم لانه قبضه بغير حق فكان مضمونا عليه ان كان كذبه او لم يصدقه

ولم يكذبه او صدقه وضمنه لانه دفع اليه على ظن انه وكيله فاذا اخلف
ذلك الظن ظهر انه لم يكن راضيا بقبضه وان صدقه ولم يضمنه لم يرجع به
عليه لانه يزعم ان قبضه وقع بحق فلا يستحق الرجوع عليه الى هنا لفظ شيخ الاسلام
الاسبيجابي رحمه الله **قوله** فصدقه الغريم اي المديون **قوله** بتسليم
المال اي الدين وفي اكثر النسخ قال بتسليم الدين **قوله** خالف ما ادعيا اي المديون
قوله انكر الوكالة اي نكر الموكل **قوله** والقول في ذلك اي في انكاره الوكالة
قوله مع يمينه اي قول الغايب وهو منكر الوكالة **قوله** ويرجع به على الوكيل
اي يرجع المديون بما ادى الى الوكيل على الوكيل **قوله** فلذا ان ينقض قبضه
اي فللمديون ان ينقض قبض الوكيل **قوله** مضمون عليه اي على رب
الدين في زعمهما اي في زعم المديون والوكيل **قوله** في حالة القبض اي قبض
رب الدين ثانيا **قوله** ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة هذا اذا لم يصدقه
ولم يكذبه ايضا لان صورة التكذيب تجي بعد هذا عند قوله وكذا اذا دفعه اليه
على تكذيبه اياه في الوكالة **قوله** على ادعايه اي على دعوى الوكيل **قوله**
وهذا اظهر اي رجوع الغريم على الوكيل في صورة الدفع مع التكذيب اظهر من
رجوعه عليه في الصورتين الاوليين وهما اذا دفعه مع التصديق والتضمين
واذا دفعه من غير تصديق ولا تكذيب لانه لما ثبت الرجوع فيهما مع عدم
التكذيب فمع التكذيب اولى لان الوكيل في حق المديون كالغاصب **قوله**
لما قلنا اشارة الى قوله دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع
عليه **قوله** وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب
ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري اراد بها الوجوه الاربعة المذكورة وهي الدفع
مع التصديق بلا تضمين والدفع التصديق والتضمين بلا تصديق ولا تكذيب
والدفع التكذيب قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا ادعى الرجل انه
وكله بقبض دينه على هذا فلم يقر الغريم به ودفع المال اليه على الانكار ثم اراد ان
يسترده

يسترده منه لم يكن له ذلك لانه دفعه على وجه القضا قال شيخ الاسلام
علا الدين الاسبيجابي في شرحه اشار الى المعنى وهو ان الدفع وقع على احتمال
ان يصير قضاء فما لم يبطل هذا الاحتمال لا يبطل ولهذا قلنا انه لو دفع الدين
الذي عليه الى انسان على رجاء ان يجيزه المالك لم يكن له ان يسترده منه الا ان
لا يجيزه المالك لان الدفع متى كان لغرض لا ينقض مع احتمال حصول الغرض **قوله**
لان المودى صار حقا للغايب **اما** ظاهرا او محتملا بيان كونه حقا للغايب
ظاهرا فيما اذا كان الوكيل عدلا لان الظاهر العدالة فيكون صادقا في قوله اني وكيل فلان
فيكون ما اخذه حقا للغايب بالنظر الى كونه حقا للغايب محتملا فيما اذا كان
الوكيل فاسقا او مستور الحال لان قوله يحتمل الصدق او نقول كونه حقا للغايب
ظاهرا فيما اذا وجد التصديق من رب المال بعد الدفع الى الوكيل والتصديق
هو الظاهر لان المسلم لا يكذب ظاهرا وكونه حقا له محتملا فيما اذا وجد التكذيب
من رب المال لانه يحتمل ان الوكيل صادق في قوله وما اخذه حق الغايب **قوله**
ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه
وذلك لانه لا يجوز ان يسعى الانسان في نقض ما تم من جهته لانه عبث وهو
حرام ولهذا لم يكن الشفعة لوكيل المشتري حتى لا يلزم نقض ما تم من جهته **قوله**
ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه هذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لان اقراره وقع في مال الغير وهو لا يملك ذلك
بخلاف ما اذا صدق الوكيل بقبض الدين حيث يؤمر بالتسليم لانه اقرار في
خالص ماله وقد مر البيان قال القدوري في كتاب التقريب وروى الحسن
عن ابي يوسف انه يجبر على الدفع ثم اذا اخذ الوكيل الوديعة فجاء الغايب فصدقه
في الوكالة برئا جميعا وان انكر الوكالة فقال ما وكلتك وحلف على ذلك
كان له ان يضمن المودع فاذا ضمنه فان كانت العين قايمة في يد الوكيل
رجع بها المودع على الوكيل فان كانت ضاعت في يده فهل للمودع ان يرجع عليه

نهو على وجوه احدها ان يدفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه
لانه في زعمه ان الوكيل محق في الاخذ لكن الموكل ظلم بالاخذ ثانيا بالتضمين
والمرء مواخذ بزعمه **والثاني** ان يدفع بالتصديق وشرط الضمان احتياطا لاحتمال
تكذيب الغايب فله الرجوع لان ذلك ضمان معلق بشرط وهو جايز عندنا
فاذا ضمنه الغايب رجع على الوكيل لاجل ضمانه **والثالث** ان يدفع مع التكذيب
فاذا ضمنه الغايب كان له الرجوع على الوكيل لانه في زعمه انه اخذه بغير حق **والرابع**
ان يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فاذا ضمنه الغايب كان له الرجوع ايضا لان الدفع
كان على رجاء الاجازة من الغايب فاذا انقطع الرجاء رجع على الوكيل **قوله** ولو ادعى انه
مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع
اليه ذكره تفريعا على مسئلة القدوري وذلك لان تصديقه لم يقع في ملك الغير
لان المودع لم يبق اهلا للملك لان الموت ينافي اهلية الملك وقد اتفقا على ان
المال مال الوارث فلا جرم يومر المودع جبرا بتسليم المال الى الوارث وقوله لا يبقى
ماله بالنصب على انه حال كما في قوله كلمته فاه الى في اي مشافهها يعني لا يبقى مال
الوديعة مال ابيه بعد موت ابيه **قوله** ولو ادعى انه اشترى الوديعة من
صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه ذكر هذه المسئلة ايضا تفريعا
على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية وذلك لان تصديق المودع
المشتري في دعوى الشرا اقرار منه بانتقال الملك من الغير الى الغير ولا يصح الاقرار
الاقرار بملك الغير لان صاحب المال ما دام حيا كان اهلا للملك فلا يصدق المودع
والمشتري في دعوى البيع على رب المال بخلاف المسئلة الاولى فانه لما صدقه في
دعوى الارث لم يقع اقراره في ملك الغير لان الميت ليس باهل للملك **قوله** فلا يصدق فان
اي يدعي الشرا والمودع المصدق عليه اي على المودع **قوله** فان وكل وكيلا
بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال وهذه من مسايل
الجامع الصغير في البيوع وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في الرجل

في الرجل يكون له على الرجل المال فوكل وكيلا بذلك المال واقام الوكيل البينة
عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال الى
الوكيل ثم اتبع رب المال فاستحلفه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وذلك
لان الوكيل اثبت حق القبض والغريم بدعوى الايفاء يريد ابطال حق الوكيل
فلا يصدق في ذلك الا بحجة ولم يوجد وقد امكن الجمع بين الحقين حق الوكيل وحق الغريم
يومر بالاداء بلا تاخير الى تحليف رب الدين لقيام الحق في الحال ثم يتبع الغريم رب
الدين فيستحلفه فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض
فان طلب الغريم يمين الوكيل بان الموكل لم يستوف لا يستحلف قال القدوري
في كتاب التقريب وقال زفر احلفه على علمه فان ابى ان يحلف خرج من الوكالة **ولنا**
ان الوكيل قام مقام الموكل في الخصومة ومن قام مقام غيره لا يستحلف فيما
يدعى قبله من الاستيفاء كالوصي ولان الغريم يدعي الايفاء على الموكل واليمين عليه
فلم يصح النيابة فيها وجه قول زفر ان البينة لما جاز ان يسمع على الوكيل
لما فيه من اسقاط حقه في الخصومة جاز ان يستحلف لينكل فيثبت هذا
المعنى وكما لو اقر سقطت خصومته **قوله** ويتبع رب المال اي يتبع المديون رب
الدين **قوله** لجانبه اي لجانب الغريم وهو المديون **قوله** ولا يستحلف
الوكيل لانه نايب لان النيابة لا تجري في الايمان **قوله** وان وكله برد جارية بعيب
في جارية فادعى البايع رضى المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري وهذه من
مسايل البيوع من الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح
فيمن اشترى جارية فطعن بعيب فوكل وكيلا فغاب وقال البايع قد
رضي المشتري قال هذا لا ارده حتى يحضر المشتري فيحلف الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير والفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاولى حيث يدفع
المال الى الوكيل بلا تاخير الى حضور رب الدين وتحليفه وفي هذه المسئلة لا يرد
المبيع على البايع بل يؤخر الامر الى ان يحضر المشتري فيحلف انه ما رضي بالعيب ان

التدارك في مسئلة الدين ممكن اذا ظهر خطاء القاضي وصدق الغريم
بان نكل رب الدين عن اليمين باسترداد ما قبض القابض منه وفي مسئلة
الرد بالعيب اذا رد بالعيب لا يمكن التدارك بعد ذلك اذا ظهر خطاء القاضي وصدق
البايع لان قضاء القاضي في الفسوخ بالشهادة الباطلة ينفذ ظاهرا وباطنا عند
ابي حنيفة فكان القضاء بالفسخ نافذا الا انا فاذا سقط البيع ظاهرا وباطنا لا يمكن
اعادته بعد ذلك ولاجل هذا يوخر الرد الى ان يحضر المشتري فيحلف حتى قالوا
في شروح الجامع الصغير لما كان قضاء القاضي بالشهادة الباطلة لا ينفذ عند محمد
باطنا يرد على البايع بالعيب بلا تاخير كما في مسئلة الدين فكانت المسئلتان سواء
لامكان التدارك فيهما **واما** عند ابي يوسف لو كان المشتري حاضرا فاراد ان
يرد بالعيب يستحلف المشتري بالله ما رضي بهذا العيب نظرا للبايع سواء
ادعى البايع ذلك او لم يدع واذا كان المشتري غايبا وعجز البايع عن استحلافه
لا يرد حتى يحضر المشتري ويحلف نظرا للبايع ايضا وصيانة للقضاء عن
البطلان اذا ظهر خطاء القاضي بنكول المشتري عن الحلف وهذا هو الاصح
من قول ابي يوسف وهو المراد من قول صاحب الهداية قيل الاصح عند
ابي يوسف ان يوخر في الفصلين اي في مسئلة الشرا نظرا للغريم والبايع
وقيل يحتمل ان يرد المبيع بالعيب عند ابي يوسف بلا تاخير كما قالا بعد
لامكان التدارك **قوله** ممكن هنالك اي في مسئلة الدين **قوله**
عند نكول رب الدين عن اليمين على انه يستوفي الدين **قوله** وفي الثانية
اي في المسئلة الثانية وهي مسئلة الرد بالعيب **قوله** لان القضاء بالفسخ
ماض على الصحة وان ظهر الخطاء لان قضاء القاضي في العقود والفسوخ
بالشهادة الباطلة ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رح والمراد من نفاذه
ظاهرا ان يثبت فيما بيننا ومن نفاذه باطنا ان يثبت فيما بينه وبين الله تعالى
وقد مر بيان ذلك قبيل باب التحكيم من كتاب ادب القاضي **قوله** لانه يعتبر
النظر

النظر حتى يستحلف المشتري اي لان ابا يوسف يعتبر النظر للبايع فيعتبر انه
يستحلف المشتري نظرا للبايع ادعى البايع رضا المشتري ام لا فاذا
كان المشتري غايبا ينتظر الى ان يحضر فيحلف للنظر للبايع ايضا.
فعلى هذا ينتظر عنده في الدين ايضا نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر
للنظر له قوله حتى يستحلف بالدفع لان حق للحال **قوله** ومن دفع الى رجل
عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة
بالعشرة اي قال في الجامع الصغير معنى قوله فالعشرة بالعشرة اي
يكون العشرة التي حبسها عنده له بالعشرة التي انفقها من خاص ماله ولا
يكون متبرعا في العشرة التي انفقها ولا ترد العشرة المحبوسة على الموكل ولم
يذكر محمد في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر مسئلة قضاء الدين فقال في كتاب
الوكالة واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع
الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس ان يدفع التي حبسها الى الموكل ويكون
متطوعا في الدفع ولكني ادع القياس في ذلك واستحسن ان اجيزه الى هنا
لفظ الاصل ولم يذكر محمد القياس والاستحسان في الجامع الصغير وقال في شرحه
هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يردها على الموكل ان كانت قائمة ويضمن
ان كان استهلكها وهو قول زفر وجه القياس ان الدراهم والدنانير يتعينان في
الوكالات وان كانتا لا يتعينان في عقود المعاوضات عندنا حتى لو هلكت
الدراهم قبل الانفاق او قبل الشرا بها في التوكيل بالشرا بطلت الوكالة فاذا
انفق بعشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له ان يرجع على الموكل ولانه
خالف الامر فيرد مال الموكل لان الموكل امره بان ينفق من مال الدافع لا
من مال نفسه فلما انفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا ووجه
الاستحسان ان التوكيل بالانفاق توكيل بالشرا لان معنى الانفاق شرا ما
يحتاج اليه والوكيل بالشرا اذا نقد الثمن من مال نفسه كان له ان يرجع به

على الموكل واذا ظفر بحقه من مال الآمر كان له ان ياخذ واذا كان للوكيل حق
الرجوع وحق الاخذ اذا ظفر بجنس حقه وقد ظفر بذلك كانت تلك
العشرة المحبوسة عنده له بالعشرة التي انفقها ولان الوكيل قضى دينا
كان مطالبا به لانه ربما تخاصم في وقت لا يكون الدراهم بحضرته فيحتاج
الى ان يدفع من مال نفسه فكان من طريق الحكم لانه كان الموكل امره بان ينفق
من مال نفسه فاذا كان كذلك كان له حق الرجوع على الموكل ولم يكن متطوعا
فيما فعل كالوصي اذا قضى دين الميت من مال نفسه او الوارث قضى دين الميت
بغير اذن الورثة من مال نفسه لا يكون متطوعا فكذلك ههنا قالوا في شروح
الجامع الصغير من مشايخ من قال مسئلة كتاب الوكالة في قضاء الدين وليس في قضا
الدين معنى الشرا فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في كتاب
الوكالة اما الانفاق شرا فلم تختلف فيه وجها القياس والاستحسان بل صح
ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما انفق قياسا واستحسانا
وهذا معنى قول صاحب الهداية وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين
لانه ليس بشرا **فاما** الانفاق يتضمن الشرا فلا يدخلانه اي لا يدخل
القياس والاستحسان في الشرا بل يكون حكمهما واحدا ولا يكون الوكيل متبرعا
في الانفاق من مال نفسه **قوله** والحكم فيه ما ذكرنا اي الحكم في الوكيل بالشرا
ان يرجع على الموكل بما ادى **قوله** وقد قررناه اي في باب الوكالة بالبيع و
الشرا عند قوله واذا دفع الوكيل بالشرا من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به
على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد اذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم
فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان
القياس ان يدفع الالف التي احتبست الى الموكل ويكون متطوعا فيما دفع لانه لم يامره
بالدفع من مال نفسه فيكون متطوعا وقد بطلت جهته قضاء الدين فيلزمه
الردّ

الردّ الى المالك ولكني استحسن ان اجيزه لان المامور بقضاء ما مور بشراء
ما في ذمة الامر بالدراهم والوكيل بالشرا اذا اشترى ونقد الثمن
من عند نفسه سلم المقبوض له والله اعلم **باب**
عزل الوكيل اخر العزل عن الوكالة لما انه يقتضي سبق ثبوتها
فناسب ذكره اخرا **قوله** قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوكالة حق الموكل فله ان
يبطل حقه متى شاء الا اذا كانت الوكالة بطلب الخصم فحينئذ ليس له ان يعزله
بلا رضا الخصم لئلا يلزم ابطال حق الغير قال شيخ الاسلام علي بن محمد علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا وكله بالخصومة فله ان يعزله
متى شاء لان التوكيل استنابة فاذا عزله فقد تبين انه استغنى عنه
فيملك ذلك الا في خصلة واحدة وهو ان يكون الخصم قد اخذه حتى جعل له وكيلا
في الخصومة فلا يكون له ان يخرجه منها الا بمحضر من الخصم في قول ابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد وصورته ان يقول الذي اخاف ان تغيب فوكل وكيلا ان غبت
اخاصمه فيقضي لي عليه فقد تعلق بها حق الطالب فلا يملك ابطالها الا بعلمه الى هنا
لفظ شيخ الاسلام رحمه الله وقال الامام محمد بن احمد **الاسبيجابي** في
شرح الطحاوي قال وللموكل ان يعزل وكيله متى شاء ويكون بعزله اياه
خارجا عن وكالته وهذا اذا لم يتعلق بوكالته حق الغير فاما اذا تعلق
بوكالته حق الغير فلا يملك الموكل عزله بغير رضا من له الحق كالرهن ما له عند
رجل بدين له عليه او وضعه عند رجل عدل وجعل المرتهن او العدل مسلطا
على بيعه عند محل الاجل ثم عزل الراهن المسلط على البيع فانه لا يصح عزله
المدعي وكذلك لو وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعي
ثم عزل المدعى عليه بغير حضرة المدعي فلا ينعزل لانه تعلق بهذه الوكالة
حق الغير **قوله** بطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهة المدعي

قوله فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم
اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي ينعزل الوكيل قبل بلوغ الخبر
اليه في اقيس القولين كما ينعزل ببيع الموكل واعتاقه وينعزل بعزله نفسه
كذا في وجيزهم وجه قوله انه يتصرف في خالص حقه فلا يعتبر علم
الوكيل كما في العزل الحكمي ولنا انه نهي بعد الامر فيشترط فيه العلم كنهي
صاحب الشريعة كيلا يلزم التغرير والفقه فيه انه يلزم الوكيل الضرر في
عزله بلا علمه لانه ربما يتصرف بعد ذلك بيعا وشراء فينصرف حقوق
العقد اليه من نقد الثمن من مال الموكل اذا كان وكيلا بالشرا او من تسليم المبيع اذا كان
وكيلا بالبيع ثم اذا انقد او سلم يضمن ما تصرف لانه فعله بعد العزل وهذا ضرر لا
محالة فقلنا لا يصح العزل قبل بلوغ الخبر دفعا للضرر بخلاف العزل الحكمي فانه كم من
شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كالتعيين احد اعداد الكفارة فانه لا يتعين قصدا
ويتعين في ضمن المباشرة **قوله** فيضمنه اي يضمن الوكيل ما نقد من الثمن وما سلم
من المبيع اذا صح عزله **قوله** ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول يعني
ان العزل لا يصح قبل علم الوكيل اصلا والوكيل بالنكاح وغيره سواء نظرا الى الوجه
الاول وهو الاضرار بالوكيل من حيث ابطال ولاية الوكيل وكذا عزل الوكيل
بالطلاق لا يصح من غير علمه ذكره في باب المشيئة من طلاق مختصر الكافي **قوله**
وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر اشارة الى ما ذكره في فصل القضا بالمواريث
من كتاب ادب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان
او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه **اعلم** ان الوكالة تثبت
بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا
وكذلك العزل عندهما وعند ابي حنيفة لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل
او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين وعلى هذا الخلاف اعتاق العبد الجاني بعد الاخبار
بالجناية وصيرورته مختارا للفداء وسكوت الشفيع والبكر وقد زوجها الولي ومن
اسلم

أسلم في دار الحرب فاخبر بالشرائع وحجر العبد الماذون وقد مر جميع ذلك في فصل القضا
بالمواريث لهما انه من باب المعاملات فيستوي فيه الواحد عدلا كان او
فاسقا كما في جانب الاذن ولابي حنيفة ان الاخبار بالعزل والحجر يشبه الاخبار
بالوكالة من حيث انه تصرف في ملك نفسه ولهذا لم يشترط لفظة الشهادة و
مجلس القضا وفيه معنى الالزام ايضا لانه يلزمه الامتناع من التصرف شاء او
ابى فاشبه الشهادة فلو كان فيه معنى الالزام من كل وجه لروعي فيه شرايط
الشهادة جميعا فلما كان فيه معنى الالزام من وجه دون وجه روعي فيه احد
شطري الشهادة العدد او العدالة والتوكيل ليس فيه الزام من وجه لانه على
خيرته ان شاء تصرف وان شاء ابى فلم يراع فيه شيء من شرايط الشهادة وكذلك
الرسول لم يشترط فيه شيء من شرايط الشهادة لان الرسول قايم مقام المرسل
فصار كان المرسل شافهه بالعزل فلم يعتبر صفات الرسول وباقي البيان
مر في فصل القضا بالمواريث واورد القدوري في كتاب التقريب سوالا و
جوابا فقال لا يقال فلم جاز قبول خبر الاثنين غير عدلين قلنا لان العدد
المخبرين له تاثير بدلالة ان خبرهم قد يفضي الى العلم مع عدم العدالة **قوله**
ويبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا
هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان كل تصرف ليس له دوام تجعل
لدوامه حكم الابتدا لانه بسبيل من الفسخ والنقض في كل ساعة فاذا امتنع
عن الفسخ صار كانه انشا العقد ثم لما كان للدوام حكم الابتدا وقيام الامر
شرط حالة الابتدا فيكون شرطا حالة البقا ايضا وقد بطل الامر بعا
رض الموت والجنون المطبق واللحاق بدار الحرب فيبطل التوكيل لانه
لا يكون بدون الامر قال في التتمة والفتاوي الصغرى وهذا كله في موضع
يملك الموكل عزله **اما** في موضع لا يملك عزله كالعدل في باب الرهن والامر
باليد للمراة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة

بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بالجنون المطبق
استحسانا ولا ينعزل قياسا وقال شيخ الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد
الاسبيجابي في اوايل كتاب الوكالة من شرح الكافي فاذا وكل الرجل وكيلا بخصومة
او بيع او شراء شيء كان له ان يخرجه من الوكالة لان التوكيل صح لحق الموكل
فكان له ابطاله فان لم يخرجه حتى ذهب عقل الموكل زمانا دايما فقد خرج الوكيل
من الوكالة لان بقاء النيابة يستدعي بقاء اهلية المنوب عنه فقد بطلت وهذا
في شيء يقبل العزل **فاما** في شيء لا يمكنه عزله فلا تبطل مثل الامر باليد
وما اشبهه لان هذا تصرف لازم لا يحتاج الى التجديد فلا يشترط بقاء الاهلية
بخلاف التصرف الجايز لانه يتلاشى في كل ساعة فاعتبر بقاؤه ابتداء ولو كان
ذهب عقله ساعة او من ساعة ثم افاق فالوكيل على وكالته لان هذا العارض
لا دوام له فاشبه النوم والاغماء ثم اختلفوا فقال ابو يوسف لا ينعزل الوكيل
حتى يجن اكثر السنة لانه التحق بالميت في حق اكثر احكام الشرع وقال محمد حتى
يجن شهرا لانه يسقط عنه الصوم وقال اخيرا حتى يجن سنة كاملة حتى يسقط جملة
التكاليف والوظايف وكل ذلك للاجتهاد فيه مساغ الى هنا لفظ شيخ الاسلام رحمه الله تعالى
وقال الناطفي في الاجناس وقال ابن سماعة في نوادره قال محمد في قوله الاول حتى يجن
يوما وليلة ثم يخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع وقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال
حتى يجن سنة وقالت الفتاوى الصغرى في كتاب النكاح تفسير الجنون المطبق عند ابي
يوسف اكثر السنة وفي رواية عنه اكثر من يوم وليلة **حكى هذه الرواية**
عن ابي يوسف ابو بكر الرازي وجعل الشهر قول ابي حنيفة وقالت الواقعات
الحسامية في باب البيوع الجايزة بعلامة الواو والمختار ما قاله ابو حنيفة انه
يقدر بالشهر لان ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا
في حكم الآجل فكان طويلا وقال القدوري في كتاب التقريب قال الاصل الذاهب
عقل الوكيل زمانا خرج الوكيل من الوكالة فيما الى اخراجه منه ولو ذهب عقله ساعة
فالوكيل

فالوكيل على وكالته واجعل هذا كالنوم ولا اقيسه بالاول وفي الاول القياس سواء
والاستحسان في الجنون ساعة ذكره في باب وكالة المكاتب وفي الوكالة في الطلاق
ذكر الاستحسان في المطاول وليس بصحيح وعن ابي يوسف انه لا ينعزل حتى يجن اكثر
السنة وروي عن محمد يوم وليلة ثم رجع فقال شهرا ثم رجع فقال سنة وذكر ابو
الحسن حد الجنون المطبق عن ابي يوسف شهرا قال قال وروى ابن سماعة عن محمد
انه كان يقول بهذا ثم رجع فقال لا يكون مطبقا الا حولا كاملا لا وجه القياس
الجنون اليسير ان التكليف يسقط فيه لعدم الفعل فصار كالصغر وليس كذلك الاغماء
والنوم لان العقل لا يزول بهما وانما يحدث ما يمنع من الاستدراك واما الاستحسان
فروي عن محمد يوم وليلة لانه يسقط الصلاة وما دونه لا يؤثر فصار كالنوم
ثم رجع فقدره بشهر لانه يسقط الصلاة والصوم فيصير كالصغر ثم رجع فاعتبر
السنة لانه يسقط الصيام والصلاة والزكاة والحج فصار كالموت والصغر فيول
عليه واما ابو يوسف فاعتبر اكثر الحول لانه تحكم له بحكم الكل والاقل كالتابع
الا ترى ان من دام به جنون فانه قد يفيق في السنة اليوم واليومين ولا يعتد بذلك
وقد قال محمد فيمن اوصى ثم جن بطلت وصيته لان الجنون يبطل الامر كما يبطل
الوكالة وليس كذلك الموت لانه لا يبطل الامر الى هنا لفظ الفقه وفي كتاب
التقريب ولم يذكر الناطفي والقدوري وشيخ الاسلام علاء الدين قول ابي حنيفة في
الجنون المطبق كما ترى ولكن ذكر في الواقعات والفتاوى الصغرى انه شهر
عنده وجنون مطبق بسكون الطاء ولست البا اي دايم ومنه تسمية الاطباء
الحمى الدموية اللازمة بالمطبقة **قوله** لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون
لدوامه حكم الابتداء لا يقال البيع بشرط الخيار تصرف غير لازم ايضا
ومع هذا لا يبطل باعتراض الموت بل ينفذ ويبطل الخيار فعلم ان كون
التصرف غير لازم لا يستلزم ان يكون لدوامه حكم الابتداء لانا نقول الاصل
في البيع اللزوم والخيار عارض فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض

قوله وقد بطل بهذه العوارض اي بطل امر الموكل بموته وجنونه مطبقا ولحاقه
بدار الحرب مرتدا قوله قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رضي الله عنه
اي قال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري قول ابي حنيفة واما
عندهما فلا بد من حكم القاضي باللحاق لان المرتد وان كان لحاقه باهل الحرب
حربا علينا وهم اموات في حقنا شرط الحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق لانه ليس
بمستقر قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري وهذا الذي ذكره القدوري
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو على وكالته ما لم يمت او يقتل او يحكم بلحاقه
والمسئلة فرع على اختلافهم في جواز تصرف المرتد وزوال ملكه فعند ابي
حنيفة يزول ملكه زوالا مراعى وعندهما لا يزول ملكه وهو عند ابي يوسف
بمنزلة من عليه القود وعند محمد بمنزلة المريض فاذا حكم بلحاقه زال ملكه وبان
كالميت قوله وقد مر في السير اي تركون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في السير
في باب احكام المرتدين عند قوله وما باعه او اشتراه او وهبه او تصرف فيه
من امواله في حال ردته فهو موقوف قوله لا ردتها لانها لا تؤثر في عقودها على ما عرف
لان المرتدة لا تقتل عندنا لان علة القتل الحراب ولم يوجد لانها ليست باهلية
صالحة للحراب قوله واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه
او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل او لم يعلم وهذا لفظ
القدوري في مختصره قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح المختصر وذلك لان
الوكيل يتصرف من طريق الامر وقد بطل امره بزوال الملك فبطلت الوكالة علم
الوكيل او لم يعلم لانه عزل من طريق الحكم فلا يعتبر فيه العلم كالموت ثم قال
الشيخ ابو نصر وهذا الذي ذكره القدوري في جميعه جاز على الاصل الا في الشريكين
وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر الى هذا اللفظ يعني ان احد شريكي العنان او المفا
وضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري ولكن
ذلك خلاف الدراية لانه ذكر الى ما قال في تجريد الاصل واذا وكل احد المتفاوضين
وكيلا

وكيلا بشيء بما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك ثم افترقا واقتسما واشهدا
انه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل امضى الذي كان وكل به وهو يعلم او لا يعلم فانه
يجوز ذلك عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الاخر
وليس تفرقهما بنقض للوكالة الى هنا لفظه في باب وكالة احد المتفاوضين و
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الوكالة
من المضارب والشريك اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم تفرقا
واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز
ذلك عليهما جميعا لان فعل الشريك نفذ عليهما لان التصرف في حقوق عقد باشره من
القبض والتسليم ونحوها في حالة الشركة بعد الفسخ لما عرف ان حقوق العقد تكون
راجعة الى من ولي العقد كانه هو الاصل في العقد بحق نفاذه في حق ولما بعد المفا
رقة يقع كيله هكذا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الاخر
وليس تفرقهما نقضا للوكالة لان اثر النقض لا يظهر في توابع عقود باشرها احدهما
قبل ذلك الى هنا لفظ شيخ الاسلام الاسبيجابي رحمه الله والعجب من صاحب الهداية
انه ابهم الامر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان القدوري اراد بذلك
الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان المتضمن
هو عقد الشركة اذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة والا يلزم ان يكون قوله مخالفا
للرواية لا محالة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي
في باب وكالة العبد المأذون والمكاتب واذا حجر المولى على عبده او عجز
المكاتب عن كتابته انقطعت وكالة وكيله الا في القضاء والتقاضي في ذلك في
ولاية المبتذلات الوكيل يتصرف بولايته وولايته قد بطلت بالحجر والعجز
في التصرفات في جميع الا في حقوق عقد باشره في حالة الاذن فكذا ولاية وكيله
وان باعه باذن المولى او مات بطلت ولاية وكيله في جميع ذلك لانه انما يثبت
ولايته في حق العقد ان لو لم يكن ابتداء الاذن تقديرا يحصل الحجر لا تحجير

فيما يتعلق بحق الغير به وانما يستقيم هذا في تملك نفسه لا في تملك غيره او في
حالة الحيوة لا في حالة الموت وليس لمولاه اذا غاب العبد ان يتقاضى دينه ولا
يوكل بذلك ان كان عليه دين او لم يكن لان حقوق العقد ترجع الى العاقد لا الى
غيره فان اقتضى شيئا هذا او وكيله فهو جايز ان لم يكن على العبد دين لان العبد
يقبض له فاذا اقبض بنفسه فقد رفع الواسطة فصح وان كان عليه دين لم يجز
لان العبد لا يقبض لمولاه وانما يقبض لغرمايه وكذلك الوديعة والمضاربة
والبضاعة وما اشبهها **قوله** قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا
بطلت الوكالة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوكيل يتصرف
بامر الموكل عنه وامره بطل بموته وجنونه فلا يصح تصرفه **قوله** وان لحق بدار
الحرب مرتدا لم يجز له التصرف حتى يعود مسلما هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم
ان الوكيل اذا عاد مسلما يعود الوكالة عند محمد وعند ابي يوسف لا يعود
الوكالة حتى تجددها كما في الموكل اذا عاد مسلما حيث لا يعود الوكالة بالاتفاق وهذا هو
المشهور في عود الموكل وروي عن محمد في السير الكبير ان الوكالة تعود وجه
تلك الرواية ان الوكالة بطلت لزوال ملك الموكل فاذا عاد مسلما عاد ملكه الاول
فوجب ان يعود بحقوقه كما قالوا فيمن وكل رجلا ببيع عبده ثم باعه الموكل انعزل
الوكيل فان رد على الموكل بعيب بقضاء قاض عادت الوكالة لان الملك الاول عاد
فعاد بحقوقه وجه قول ابي يوسف اذا قضي بلحاقه فقد قضي بموته
والوكالة لا تبقى بعد الموت فبطلت والباطل لا يعود بخلاف املاكه فانها باقية
بعد الموت فجاز ان يعود ولان اللحاق يمنع ابتداء الوكالة فاذا طرى عليها
ابطلها كالجنون وجه قول محمد ان عدم نفاذ تصرف الوكيل في دار الحرب
لا باعتبار انه انعزل بل لاعتبار ان الاسلام لم يتناول تلك البقعة كمن قال
لغيره بع ثوبي **ببغداد** فاخرجه منها لم يجز بيعه فاذا اعاده جاز بيعه فكذلك
ههنا ولان الوكيل ليس بميت حقيقة الا انا الحقناه بالاموات لانقطاع ولاية
التصرف

التصرف وهذا العارض بعرض الزوال فاذا زال ظهر حكم الاصل فشابه
الجنون وليس كذلك اذا لحق الموكل بالدار ثم عاد مسلما حيث لا يعود الوكالة على
ما هو المشهور لان ذلك يوجب زوال املاكه والوكالة كانت متعلقة بعين
المال فلم تجز بقاؤها مع زوال الملك فيه والوكيل ليس وكالته على ملك قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في اول الباب من كتاب
الوكالة ع قدر مدة اللحاق باقل من سنة قال ان كان اقل من سنة ثم عاد
يعود الوكالة لانا بقيناها على احتمال ان احتمال العود قد بطل بالحول ظاهرا
وغالبا كالجنون اذا كان اقل من سنة لا يبطل الوكالة واذا استوعب السنة تبطل الى
هنا لفظه رحمه الله في شرح الكافي قال القدوري في كتاب التقريب قال محمد
الا ترى ان الموكل لو كان قال للوكيل وكلتك ببيع هذا في دار الحرب فارتد ولحق جاز
بيعه فدل ان المنع من التصرف ليس هو لاجل العزل ولكن لان الاسلام لم يتناول تلك
البقعة ثم قال القدوري وهذه مسئلة لا نعرفها من مذهب ابي حنيفة فلا معنى لالزامه
قوله وهذا عند محمد اي جواز تصرف الوكيل اذا عاد مسلما مذهب محمد رحمه الله
قوله لان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قايمة به الى اخره معناه
ما قال ركن الاسلام ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار بقوله لان الوكالة
اطلاق التصرف فانه يتصرف بحكم اهليته لكنه منع من التصرف لحق
الغير فاذا وكله فقد فتح عليه باب التنفيذ وقد عجز عن التنفيذ بسبب اللحاق
بدار الحرب فاذا عاد مسلما يملك لان الباب الذي انفتح عليه لم ينسد
ولكنه عجز وقد ارتفع العجز وهذا بخلاف الموكل لان الاهلية قد بطلت فيبطل
الوكالة كالوكيل **قوله** ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ قال في
الاشارات وابو يوسف يقول بان التوكيل تمليك فانه من قبل لم يملك التنفيذ
وانما تملك بالوكالة ودلالة كونه تمليكا للتنفيذ ان هذا المعنى يعتمد الملك بالاتفاق
فلا يصح من غير المالك فاذا ثبت انه تمليك نقول املاكه تبطل باللحاق

ولا يعود الا فيما يحتمل العود وهو ما يثبت للورثة وهذا لا يحتمل العود فسقط
بخلاف الجنون فانه لا يبطل الاملاك ولكنه يعجز عن التصرف والى هنا لفظ
الاشارات **قوله** قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به
بطلت الوكالة اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهذا اللفظ
ينتظم وجوها مثل ان يوكل باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل
بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها
الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف
بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة واراد بقوله بشراء شيء
بعينه حيث يكون مباشرته بنفسه عزلا للوكيل وانما قيد بقوله وانقضت عدتها
لانه اذا طلقها بنفسه واحدة ولم تنقض عدتها كان للوكيل ان يطلقها ما دام
في العدة بخلاف ما اذا طلقها بنفسه ثلاثا حيث لا يكون للوكيل ان يطلقها بعد
ذلك لا في العدة ولا بعدها قال في شرح الطحاوي والعزل الحكمي لا يحتاج الى
معرفة الوكيل وينعزل سواء علم الوكيل او لم يعلم نحو ان يموت الموكل او يوكل
وكيلا ببيع عبده ثم ان الموكل اخرج العبد من ملكه قبل ان يبيع الوكيل او دبره او كاتبه
او رهنه لرجل انعزل الوكيل علم الوكيل او لم يعلمه وكذلك اذا وكل رجلا بان يخلع امراته
ثم طلقها الزوج طلاقا بائنا انعزل الوكيل ولو ان العبد عاد الى ملك الموكل
ينظر ان عاد الى ملكه فسخا عادت الوكالة وان عادت بحكم ملك جديد لم تعد الوكالة الى
هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقال محمد في الاصل واذا وكل الرجل رجلا
ببيع عبد له ثم ان الموكل باع العبد او دبره او كاتبه او وهبه او تصدق به او رهنه
وقبض منه او اجره او كانت امة فوطئها فولدت او لم تلد فان ذلك كله نقض للوكالة
ما خلا الوطء اذا لم تلد وما خلا الاجارة والرهن وكذلك الخدمة ليس بنقض للوكالة
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو باعها
الاب او الوكيل ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها لانه عاد قديم الملك
فيها

فيها فعادت الوكالة وان قبلها الموكل بغير قضاء قاض بعيب او بغير عيب بعد القبض لم
يكن للوكيل ان يبيعها لان الرد هنا في حكم عقد جديد فكان العائد اليه ملك آخر
فلا يعود الوكالة وان كان الرد بخيار شرط كان للبايع او للمشتري او بفساد البيع
او بخيار رؤية فالوكيل على وكالته لان الرد هنا فسخ للعقد من الاصل وان رجعت
الامة الى الامر بميراث او غيره بملك جديد لم يكن للوكيل ان يبيعها لان الوكالة قد
انتهت حيث تقرر بموجب تصرفه فلا يعود وكيلا الا بتوكيل جديد ولو وكله
ببيع عبده ثم اذن له في التجارة او جنى عليه جناية كان الوكيل على وكالته لان
محل التصرف قائم ثم اعلم ان الخلاف لم يذكر في الاصل ولا في الكافي ولا في شرحيه
فيما اذا رد العبد بعيب بقضاء حيث كان للوكيل ان يبيعه ولكن ذكر القدوري في شرحه
خلافا بين ابي يوسف ومحمد فقال قال ابو يوسف ليس للوكيل ان يبيعه وقال محمد
له ان يبيعه وجه ما روي عن ابي يوسف ان الموكل لما تصرف فيه بنفسه صار
ذلك عزلا للوكيل فلا يعود الوكالة الا بوكالة مستقبلة ووجه قول محمد ان
الوكالة باقية لانها اطلاق الا انه عجز عن التصرف بخروج العبد عن الملك فاذا عاد
على حكم الملك الاول زال العجز فعادت الوكالة وليس هذا كالتوكيل بالهبة
اذا وهبه بنفسه ثم رجع حيث لا يكون للوكيل ان يهب لان رجوع الواهب باختياره
دليل على عدم حاجته الى هبة الوكيل فكان عزلا له دلالة وقال شيخ الاسلام علاء
الدين الاسبيجابي في باب الوكالة في النكاح من شرح الكافي ولو وكله ان يزوجه
امراة بعينها فاذا لها زوج فمات عنها او طلقها وانقضت العدة ثم زوجها اياه
الوكيل جاز لانه امره بانكاحها اياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة
فانصرف التوكيل اليه صار كانه نص على اضافة التوكيل الى تلك الحالة والوكالات
مما يقبل التعليق والاضافة الى زمان في المستقبل ولو تزوجها الموكل ثم ابانها
لم يكن للوكيل ان يزوجها اياه لانه حصل مقصوده بالتوكيل والامر فانتهى الامر ضرورة
لانه لما فعله بنفسه فقد اعجزه عن التحصيل فصار ذلك بمنزلة العزل ولو تزوجها

الوكيل ودخل بها ثم ابانها وانقضت عدتها ثم زوجها اياه جاز لانه لم يحصل مقصود
الامر بعد وقد بقي بعد هذا العارض متصور الوجود فبقي الامر ولو ارتدت فلحقت بدار
الحرب ثم سبيت واسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز في قياس قول ابي حنيفة ولم يجز في
قول ابي يوسف ومحمد لانها صارت امة ونكاح الامة ليس بمعهود وغير المعهود
خارج عن مراد المتكلم عندهما ولو لم يكن كذلك ولكن تزوجها امها او ذات رحم
محرم منها او اربعا سواها فقد اخرجه عن الوكالة لانه فعل فعلا يعجز عن تحصيل
ما امر به فصار عزلا دلالة وان لم يتزوج ولكنه قال ان تزوجها فهي طالق فليس
باخراج له من الوكالة وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي باب توكيل الزوج
بالطلاق او الخلع ولو وكله ان يطلقها ثم طلقها الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت
في العدة لان محلية الطلاق لم تنعدم بتطليق الزوج وكذلك لو خالعها الزوج فان لم
يطلقها الوكيل حتى انقضت العدة فتزوجها فطلقها الوكيل لم يقع لانه وكيل في الملك
الاول وهذا غير الملك الاول ولو ارتدت او ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها
في العدة لان محلية الطلاق تبقى ما بقيت العدة وقد روي عن ابي حنيفة ان المرتدة
وان كانت معتدة لا يقع طلاق الزوج عليها لان النكاح قد ارتفع فيما بينهما بطريق
الفسخ فصار كارتفاعه بسائر وجوه الفسخ فعلى قياس تلك الرواية ينبغي ان تبطل
الوكالة وان لحق الزوج بدار الحرب مرتدا ثم طلق الوكيل وهي في العدة لم يقع طلاقه
عليها وكذلك ان عاد مسلما فزوجها لانه صار بمنزلة الميت فانعزل وكيله ضرورة
ولانه يسقط حكم العدة التي وجبت حقا للازدواج لان الطلاق مشروع لرفع
قيد ثبت حقا للازدواج وقد بطل ذلك وكذلك اذا ارتدت المراة لان عدتها سقطت
بلحاقها بدار الحرب ولم يبق محلا للطلاق وكذلك ان عاد مسلما او مسلمة فزوجها
لان هذا ملك جديد غير الملك الاول الى هنا لفظ شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
قوله لانه مختار في الرجوع اي الواهب مختار في الرجوع بالهبة **قوله**
فكان دليلا على عدم الحاجة اي كان رجوع الواهب مختارا دليلا على عدم حاجته الى هبة
وكيله

وكيله فكان عزلا عن الوكالة دلالة والله اعلم **كتاب**
الدعوى لما كانت الوكالة بالخصومة من انواع الوكالات وهي سبب داع
الى الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان
المسبب تقتضي سابقة السبب اعلم اولا ان الدعوى مشروع بالكتاب
والسنة واجماع الامة **اما الكتاب** فقوله تعالى في قصة داود عليه السلام
وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب وهل اتاك نبأ الخصم اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا
على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا
بالحق ولا تشطط واهدنا الى سواء الصراط قال في التيسير والكشاف عن علي رضي الله عنه
في تفسير فصل الخطاب انه البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وهذا وان
كان شريعة من قبلنا يلزمنا على انه شريعة رسولنا ما لم يرد النسخ والخصم والخصماء
يقع على الواحد والجمع كالضيف وتسوروا المحراب اي تصعدوا سوره ونزلوا اليه
والسور الحائط المرتفع ولا تشطط اي لا تجر وسواء الصراط وسطه مثل للعين
الحق ومحضه كذا في الكشاف واما السنة فما روى محمد بن الحسن عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال البينة على المدعي و
اليمين على من انكر وروي سماك ابن حرب عن تميم ابن طرفة انه قال
اختصم رجلان الى النبي عليه السلام في بعير واقام كل واحد منهما البينة انه
بعيره فقسمه النبي عليه السلام بينهما نصفين وروى عبد الرحمن ابن ابي ليلى انه
قال كنت قاعدا عند ابي الدرداء فاختصم اليه رجلان في فرس فاقام كل واحد
منهما البينة انه نتج في ملكي وانه لم يبع ولم يهب فقضى به بينهما وقال
ما احوجنا الى سلسلة بني اسرائيل كانت تنزل فتاخذ بعنق الظالم وعلى
هذا انعقد اجماع الامة **ثم** ينبغي لك ان تعرف تفسير الدعوى لغة وشريعة
وركنه وشرطه وحكمه **اما** تفسيره في اللغة عبارة عن اضافة الشيء
الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة جميعا ماخوذ من قولهم ادعى فلان شيئا اذا اضافه

الى نفسه بان قال هو لي ومنه دعوة الولد لانه يضيفه الى نفسه فيقول ابني
وفي عرف الشرع يراد به اضافة الشيء الى نفسه في حالة مخصوصة اي في حالة المنازعة
لا في حالة المسالمة ولهذا قال النبي صلى الله عليه البينة على المدعي واليمين على من
انكر فالبينة واليمين انما يحتاج اليهما حالة المنازعة **واما** ركنه فما هو تفسيره
لغة وهو اضافة الشيء الى نفسه لان ركن الشيء ما يقوم به الشيء، والدعوى انما تقوم
باضافة المدعي الى نفسه فكان ركنا **واما** شرطه فمجلس القضاء لان الدعوى لا تصح
في غير مجلس القاضي حتى لا تجب على المدعى عليه جواب المدعي وان تكون المدعي من اهل
المعرفة والتمييز شرط لصحته الا انه ليس بشرط خاص له بل شرط لصحة الكلام
دعوى كان او غيره **واما** حكمه فوجوب الجواب على الخصم اما بنعم او بلا ولهذا
وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب
وحكم الشيء ما يجب به فكان وجوب الجواب حكما ثم اذا اجاب بنعم يجب ما ادعاه
المدعي باقرار المدعا عليه وان قال لا يقول القاضي للمدعي الك بينة فان قال
لا يقول لك يمينه فان طلب المدعي يمينه استحلفه فان حلف برئ عن الدعوى
وان نكل لزمه الدعوى والاصل في ذلك ما روي ان الحضرمي والكندي اختصما الى
رسول الله صلى الله عليه فقال النبي صلى الله عليه للمدعي منهما الك بينة فقال لا
فقال لك يمينه ليس لك غير ذلك كذا ذكر شيخ الاسلام ابو بكر الحسن ابن الحسين
المعروف بخواهر زاده في مبسوطه وقال شيخ الاسلام علي ابن الاسبيجابي في
شرح الكافي للحاكم الشهيد **اعلم** بان قطع الخصومة والمنازعة واجب عقلا
وشرعا والدعوى منازعة وخصومة وطريق قطعها البينة من جهة المدعي لا(نه)
يترجح جهة الصدق في خبره بانضمام قول القائلين اليه واليمين من
جهة المدعا عليه لانه يظهر جهة الصدق في كلامه وعليه دل قوله عليه السلام فيما
رواه محمد ابن الحسن باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه
انه قال البينة على المدعي واليمين على من انكر جعل البينة حجة جنس المدعين
واليمين

واليمين حجة جنس المنكرين وعن ابراهيم قال البينة على المدعي واليمين على
المدعا عليه وكان لا يرد اليمين وهو مذهبنا الى ههنا لفظه رحمه الله **قوله** قال المدعي
من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعي عليه من يجبر على الخصومة **اي** قال القدوري في
مختصره **اعلم** ان المشايخ اختلفوا في حد ما يتميز به المدعي من المدعى عليه قال
الشيخ الامام الفقيه محمد ابن احمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال بعضهم ينظر الى المنكر
منهما فايهما كان منكرا فالاخر مدع وقال بعضهم كل من ادعى باطنا ليس به ظاهرا فهو
مدع وكل من ادعى ظاهرا او اقرار الشيء على هيئته فهو منكر كما اذا ادعى عينا في يد رجل فانكر
صاحب اليد فالخارج مدع لانه يدعي باطنا ليس له ظاهرا لان اليد دليل
على الملك في الظاهر لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق وصاحب اليد منكر لانه يدعي
قرار يده وملكه على ظاهره وكذلك اذا ادعى دينا فهو المدعي لانه يدعي شغل الذمة والذمة
في الظاهر فارغة والاخر منكر لانه يدعي ظاهر الشيء وهو فراغ الذمة وقال بعضهم صورة
المدعي هو انه اذا ترك دعواه ترك والمنكر هو الذي اذا ترك دعواه لا يترك وقال
بعضهم كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في نفسه لنفسه
فهو منكر وكل من شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من شهد بما في يده لغيره
فهو مقر الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقال شمس الائمة في
شرح الكافي المدعي لغة من يقصد ايجاب الحق على الغير وفي عرف اللسان يتناول
من لا حجة له فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة **فاما** بعد اقامة البينة
يسميه محقا ويقال لمسيلمة مدعي النبوة ولا يقال لرسول الله مدعي النبوة لانه
قد اثبتها بالمعجزة فعرفنا ان اطلاق الاسم على من لا حجة له عرفا وقال بعضهم المدعي
من يتمسك بما هو ليس بثابت والمدعا عليه من يتمسك بما هو ثابت الا ان التمسك من المدعا عليه
بما هو ثابت تارة يثبت نصا وتارة يثبت اقتضاء اما نصا فكما اذا ادعى عينا في يد
اخر انه له فقال ذو اليد هو لي وليس لك كان ذو اليد منكرا والخارج مدعيا
لان الخارج ادعى ما ليس بثابت فان الملك فيما ادعى لم يعرف ثبوته وذو اليد

تمسك بما هو ثابت نصا ان قال هو لي فان الملك ثابت بظاهر يده **واما** اقتضاء فكما اذا
قال ليس لك لانه لما نفى ملك المدعي نفى الملكية فكانه قال لي اقتضاء وكذلك اذا ادعى على
احد دينا وانكر المدعا عليه كان صاحب الدين مدعيا لانه يدعي ما ليس بثابت فانه يدعي
شغل ذمته وانه ليس بثابت والاخر مدعا عليه لانه تمسك بما هو ثابت نصا ان قال
ذمتي فارغة عن الدين وان قال ليس لك علي دين اقتضاء لانه لم يكن عليه دين فان ذمته
فارغة كما خلقت في الاصل **واذا** اقر المديون بالدين الا انه ادعى الايفاء والابراء كان
المديون مدعيا وصاحب الدين منكرا لان صاحب الدين تمسك بما هو ثابت باتفاقهما
وهو شغل ذمته بالدين والمدعي ما ليس بثابت وهو فارغ ذمته عن الشغل بعد ما ثبت
الشغل فان **قيل** هذا يشكل بالمودع اذا قال رددت الوديعة وقال رب المال
لم ترد كان المودع منكرا حتى كان عليه اليمين وصاحب المال مدع وصاحب المال تمسك بما هو
ثابت وهو عدم الرد والمودع ادعى ما ليس بثابت وهو الرد **فالجواب** عنه ان المودع
ان ادعى ما ليس بثابت من حيث الصورة وهو عدم الرد فقد تمسك بما هو ثابت من حيث
المعنى وهو فراغ ذمته عن الضمان فانه بما قال يدعي فراغ ذمته عن الضمان وفراغ
ذمته عن الضمان اصل وصاحب المال ان تمسك بما هو ثابت من حيث الصورة وهو عدم الرد
فقد تمسك بما ليس بثابت من حيث المعنى وهو شغل ذمة المودع بالضمان والعبرة للمعنى
كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه **قوله** اختلف عبارات المشايخ فيه
اي في الفرق بين المدعي والمدعا عليه **قوله** منها ما قال في الكتاب اي من
جملة عبارات المشايخ ما قال القدوري في مختصره **قوله** وقيل المدعي
من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وهذا في معنى قول بعضهم كل
من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا فهو مدع ومن ادعى ظاهرا واقرارا للشيء على هيئته
فهو منكر وقد بان ذلك **قوله** وهذا صحيح اي الذي ذكره صحيح بقوله المدعا عليه
هو المنكر **قوله** لكن الشان في معرفته اي في معرفة المنكر لانه اذا عرف
ان احد المتخاصمين منكر فالاخر مدع لا محالة والترجيح بالفقه اي ترجيح احد المعنيين
على الاخر

خلقت

على الاخر من كون الشخص مدعيا او مدعا عليه بالنظر الى المعنى لا بالنظر الى الصورة لانه
ربما يكون مدعا عليه معنى وان كان مدعيا صورة كما اذا قال المودع رددت الوديعة
وقد مر البيان وقال في الشامل قيل المدعي من يثبت شيئا والمدعى عليه من ينفيه ومما
يشبه مسئلة المودع ما ذكر شيخ الاسلام علي الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
ان كان الذي في يديه ادعى انه باعه من هذا الرجل او اجره فهو المدعي وعليه
البينة وعلى الاخر اليمين لانه يدعي عليه الاجر او الثمن وانه ليس في يديه فيسمع بينته
ويقضي بها ودعوى ايفاء الدين من المديون مثل هذا وقد مر وكذلك لو ادعى اجلا لانه
يدعي تاخير المطالبة بعد قيام سببها فكان عليه البينة **قوله** قال ولا يقبل الدعوى
حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره اي قال القدوري في مختصره وذلك لان فائدة
الدعوى الزام الخصم بالحجة والالزام انما يترتب على الدعوى اذا كانت صحيحة لا فا
سدة والدعوى الفاسدة لا يلزم المطلوب حكمها كما اذا ادعى انه وكله اذ للمدعا عليه
ابطال الوكالة اذا صحت الوكالة فكانت دعواها فاسدة وكذلك اذا ادعى شيئا مجهولا لا
يلتفت القاضي الى ذلك ولا يكلف المدعا عليه الجواب لانه ان انكر لا يصح اقامة البينة
عليها مع الجهالة وان نكل عن اليمين ولا يمكن القضاء بالمجهول فسقطت الدعوى فاذا كان
كذلك اعتبرت الدعوى الصحيحة ومعنى بان يكون المدعا معلوما في جنسه كحنطة
وقدره كخمسة اقفزة ونحو ذلك **قوله** فان كان عينا في يد المدعا عليه كلف احضارها
ليشير اليها بالدعوى هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا
في الشهادة والاستحلاف يعني اذا شهد الشهود على العين المدعاة او استحلف المدعا عليه
على العين المدعاة كلف احضارها وذلك لان الدعوى يشترط ان يقع في معلوم
حتى يصح والمنقول لا ينضبط بالوصف فوجب الاحضار ليقع العلم باقصى ما يمكن
ويرتفع الاشتباه لان الاشارة ابلغ في التعريف **قوله** ويتعلق بالدعوى
وجوب الحضور الى اخره يعني يتعلق بالدعوى الصحيحة وجوب حضور الخصم
مجلس القاضي على هذا القضاة من اخرهم في كل عصر يعني اجمع القضاة على وجوب

حضور الخصم من غير نكير حتى اذا قال المدعي لي على فلان دعوى في حق فان القاضي يبعث به
الا ترى الى ما قال في شرح ادب القاضي في باب العدوى فاذا تقدم الرجل الى القاضي
وادعى قبل رجل حقا فان القاضي يعديه بمجرد الدعوى فان القضاة يفعلون هذا
ولم ينكر احد من الفقهاء فان ابن ابي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر علينا ابو حنيفة وعمر بن
الخطاب فعله وعثمان وعلي فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله عليهم
اجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر ولا زجر زاجر وهذا استحسان والقياس
ان لا يعديه لان الدعوى خبر متردد محتمل بين الصدق والكذب والمحتمل
لا يكون حجة وفيه اضرار ايضا بالمدعا عليه لانه ينقطع عن اشغاله وربما ينتقص
جاهه بحضوره مجلس القاضي وجه الاستحسان الاثار المشهورة التي وردت
من نحو قوله عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان القاضي
نصب لايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم ولا يمكنه ذلك الا بالجمع بين الخصمين حتى
يتامل فيعرف منهما المحق من المبطل والباقي يعلم في شرح ادب القاضي ويتعلق
بالدعوى ايضا وجوب الجواب على المدعا عليه بنعم او بلا لان المقصود من حضوره
الجواب ويتعلق بالدعوى ايضا وجوب احضار العين المدعاة بمجلس القاضي على
المدعا عليه اذا كانت منقولة فانه في يده حتى يشير المدعي او الشهود اليها او
يشير اليها المدعا عليه عند الاستحلاف ويتعلق بالدعوى ايضا وجوب اليمين
على المدعا عليه اذا انكر الحق اذا لم يقدر المدعي على اقامة البينة **الاصل** في وجوب
حضور الخصم قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون
ذمهم الله تعالى على الامتناع عن الحضور فعلم ان الحضور واجب **قوله** لما قلنا
اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى **قوله** واليمين بالجر عطفا على احضار
العين في قوله ولزوم احضار العين **قوله** وسنذكره اي سنذكر وجوب اليمين
على الخصم في اخر هذا الباب **قوله** وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها هذا لفظ القدوري
في مختصره يعني ان لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعا عليه بل كانت هالكة ذكر المدعي
قيمتها

قيمتها حتى يصح الدعوى بوقوعها على معلوم لان عين المدعا تعذر مشاهدتها ولا يمكن
معرفتها بالوصف فاشترط بيان القيمة لانها شي تعرف به اي القيمة شي تعرف
العين بذلك الشي قال الاستروشني في فصوله في الفصل **التاسع** ان الدعوى
لا تخلو اما ان تقع في الدين او في العين فان وقعت في العين فلا تخلو اما ان كان عقارا او
منقولا فان كان منقولا فلا تخلو اما ان كان قايما او هالكا فان ادعى منقولا قايما
فان امكن احضاره بمجلس الحكم فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة شهوده الا
بعد احضار ما وقع فيه الدعوى بمجلس الحكم حتى يشير اليه المدعي والشهود لينقطع
الشركة بين المدعا وغيره قال شمس الايمة الحلواني ومن المنقولات ما لا يمكن
احضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم فالقاضي بالخيار ان شاء
حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان كان لا يتهيا له الحضور وكان ماذونا بالاستخلاف
يبعث خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضي في داره ووقعت
الدعوى في حمل ولا يسع في باب داره او في باب من ابوابه حتى تخرج ليشير اليه الشهود
بحضرته وفي القدوري اذا كان المدعا شيا يتعذر نقله كالرحى فالحاكم بالخيار
ان شا حضر وان شا بعث امينا كذا ذكر في الذخيرة وذكر القاضي الامام ظهير الدين
وهذا انما يستقيم اذا كان العين المدعا في المصر **اما اذا كان** خارج المصر كيف
يقضي القاضي به والمصر شرط لجواز القضا في ظاهر الرواية لكن الطريق فيه ان
يبعث واحدا من اعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ثم بعد ذلك يمضي قضاه
وذكر رشيد الدين في الباب الثاني من فتاواه وفي دعوى احضار المدعا بمجلس
القضا لا بد ان يقول فواجب عليه احضاره بمجلس القضا لاقيم البينة عليه ان كان
جاحدا ولا بد من ذكر هذه اللفظة في الدعوى لان ذا اليد لو كان مقرا لا يلزمه
الاحضار لانه ياخذ من المقر الى هنا لفظ كتاب الفصول وقال شمس الايمة
السرخسي في شرح ادب القاضي في باب الرجل يدعي الشي في يد رجل من
الرقيق والمتاع والعقار ولو ان رجلا ادعى جارية في يد رجل او غلاما او دابة

او ثوبا او عرضا من العروض او شيئا من المنقولات فان القاضي يامر المدعى عليه
بان يحضر ذلك الشيء مجلس القاضي ان كان قايما وذلك لان المدعي والشهود
يحتاجون في الدعوى والشهادة الى الاشارة الى ذلك الشيء ولا يمكنهم الاشارة
اليه الا ان يكون ذلك حاضرا في مجلس القاضي فيكلفه احضاره الا ترى
ان القاضي يحضر المدعى عليه مجلسه لانه لا يتحقق الدعوى والشهادة ولا تصح
شرعا الا بحضرته فوجب على القاضي احضاره فكذلك في حق المدعى عليه ان امكن
احضاره واذا احضر ذلك الشيء يستوي فيه ان كان القاضي يجلس في المسجد او
في غير المسجد بان كانت دابة ولا يقع بصر القاضي ولا يتاتى الاشارة من الشهود
والمدعي والدابة على باب المسجد فان القاضي يامر بادخال الدابة في المسجد فان
ادخال الدابة في المسجد عند وقوع الحاجة جايز الا ترى ان النبي صلى الله عليه
طاف بالبيت على ناقته وجعل يستلم الاركان بمحجنه والطواف بالبيت انما
يكون في المسجد الحرام ثم لما جاز ادخال الدابة في المسجد الحرام عند وقوع الحاجة مع ان
حرمة المسجد الحرام فوق حرمة ساير المساجد فلان يجوز ادخالها في غيره من
المساجد اولى والصحابة لم يمنعوا الدواب في الطواف وان كانت بحيث لو
وقعت على باب المسجد يقع بصر القاضي عليه وتحصل الاشارة اليه فانه لا يدخلها
في المسجد لانه لا يامن ان يكون منها ما وقد امرنا بتطهير المساجد والحاجة منعدمة
لان المقصود يحصل بدون الادخال في المسجد ثم اذا حضر ذلك الشيء الى مجلس القاضي
فشهد الشهود بان هذا الشيء له ولم يشهدوا بانه ملكه يجوز ويقضي به لان اللام في هذا
للتمليك فصار كانهم قالوا هذا ملكه الا ترى ان الثابت بالبينة كالثابت
بالمعاينة ولو عاين القاضي اقرار الرجل بان هذا الشيء له فان القاضي يقضي بذلك
فكذلك في حق الشهادة وكذلك ان شهدوا ان هذا ملك له وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه
بان هذا الشيء للمدعي فان هذا يجوز وذلك لا اشكال فيه **واما** الشبهة في فصل
وهو ان المدعي لو ادعى انه اقر بهذا الشيء له ولم يدع بانه ملكي واقام الشهود
على ذلك

على ذلك هل يقبل القاضي ذلك منه وهل يقضي بالملك من اصحابنا من يقول بان القاضي
يقضي به لان هذا من المدعي يعتبر بما لو كان هذا من الشهود فقد ذكرنا ان الشهود
لو شهدوا بان هذا اقر بهذا الشيء له فان القاضي يقبل شهادتهم وان لم يشهدوا
بانه ملكه فكذلك المدعي اذا ادعى عليه انه اقر بهذا له ولم يقل هو ملكي وجب
ان يصح هذا الدعوى ويقضي به القاضي اذا اقام البينة والترهم على انه لا يصح هذا الدعوى
ما لم يقل اقر به لي وهو ملكي لان الاقرار خبر والخبر يحتمل الصدق والكذب
وانما يوجب الملك له اذا كان صدقا **فاما** اذا كان كذبا فانه لا يوجبه فالمدعي
بقوله اقر به لي لا يصير مدعيا للملك والاقرار غير موجب للملك فلم يوجد دعوى
الملك فلا يقضي بالملك فلهذا اشترط دعوى الملك وهو ان يقول وهو ملكي بخلاف الشهادة
لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة لما بينا **ثم** لا يشترط في الشهادة ان
يشهدوا بان هذا الشيء في يده اذا كان منقولا بل اذا اقر المدعى عليه بان ذلك في يده يكفي
وفي العقار ان اقر المدعى عليه بان العقار الذي وقع فيه الدعوى في يديه
فان القاضي لا يلتفت الى ذلك ما لم يشهد الشهود ان هذا المحدود في يديه لان في
المنقولات لا تخلو **اما** ان يكون العين قايما او مستهلكا في يد المدعى عليه فان كان
قايما فلا بد من الاحضار ومتى احضر فالقاضي يعاين انه في يده فلماذا يكلف
الشهود على الشهادة بانه في يده وان كان غايبا وقال المدعى عليه هلك
في يدي او استهلكته في يدي فقد اقر بوجوب الضمان على نفسه واقرار الانسان
على نفسه مقبول صحيح فلا حاجة الى الشهادة على انه في يده **فاما** في العقار
يتمكن فيه تهمة المواضعة وهو ان المدعي ربما واضع رجلا واحضره مجلس
القاضي وادعى عليه العقار وبين الحدود فيقر ذلك الرجل بان العقار في يده فيقضي
القاضي عليه فيكون ذلك استحقاقا عليه وعلى غيره والعقار في الحقيقة لم يكن في يده
وانما كانت في يد غيره واذا قضى القاضي يثبت الاستحقاق على صاحب اليد فلما
تمكن تهمة المواضعة بهذه الصفة قلنا بان القاضي لا يكتفي باقرار المدعى عليه

انه في يده ولكن يحتاج الى ان يشهد الشهود انه في يده بخلاف المنقول على ما مر
كذا في شرح ادب القاضي **قوله** وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر
الذكورة والانوثة قال محمد بن محمود **الاستروشني** في فصوله في الفصل
التاسع واذا ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج الى ذكر الانوثة والذكورة
اختلف المشايخ رحمهم الله فيه وذكر الصدر الشهيد في باب قبض المحاضر والسجلات
من ديوان القاضي المعزول اذا ادعى قيمة دابة مستهلكة لا بد من ذكر الانوثة
والذكورة ولا بد من بيان السن وهذا على اصل ابي حنيفة مستقيم لان عنده القضاء
بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك لان حق المالك عنده قائم في العين المستهلك
فانه قال يصح الصلح عن العين المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين
المستهلك بملكه لا يجوز الصلح على اكثر من قيمته لانه حينئذ يكون الواجب
في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة واذا صالح من الدين على اكثر
من جنسه لا يجوز واذا كان القضاء بالقيمة بناء على القضاء بملك المستهلك
لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي لا بد من ذكر النوع بان
يقول فرس او حمار او ما اشبه ذلك ولا يكتفى بذكر اسم الدابة لانها مجهولة
فالحاصل ان ظاهر مذهب ابي حنيفة ان حق المالك في العين المستهلك قائم وينتقل
الى القيمة او بقضاء القاضي وظاهر مذهبهما ان حق الملك ينقطع بنفس الاستهلاك
وقد ذكر في بعض الكتب خلاف ذلك ومن المشايخ من ابى ذكر الذكورة والانوثة و
قال المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة والمدعي والشهود لا يستغنون
عن بيان القيمة والشهادة على القيمة مقبولة وكذا دعوى القيمة مسموعة فلا حاجة
الى بيان الذكورة والانوثة الا ترى ان من ادعى على اخر مالا مقدرا وشهد
الشهود له بذلك فسالهم القاضي عن السبب فقالوا استهلك دابة فالقاضي
يقبل ذلك منهم وطريقه ما قلنا ولا يشترط ذكر اللون والسمة حتى لو ادعى انه
غصب حمارا او ذكر شيته واقام البينة على وفق دعواه واحضر المدعى عليه حمارا
فقال

فقال المدعي هذا الذي ادعيته وزعم الشهود كذلك ايضا فنظروا فاذا بعض
شياته على خلاف ما قالوا بان قال الشهود انه مشقوق الاذن وهذا الحمار غير
مشقوق الاذن قالوا هذا لا يمنع القضاء للمدعي ولا يكون هذا خللا في شهادتهم
كذا ذكر في فتاوى القاضي الامام ظهير الدين الى هنا لفظ الفصول **قوله** قال
وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اي قال القدوري
في مختصره ذكر هنا فصولا ثلاثة **الاول** تحديد العقار وهو بيان حده **والثاني** ذكر
المدعي ان المدعى في يد المدعى عليه **والثالث** ذكر المدعي انه يطالب المدعى عليه
اما الفصل الاول فنقول انما شرط التحديد لان الدعوى لا تصح في المجهول
والعقار لا يعلم الا بالتحديد فاشترط التحديد حتى يقع الشهادة على معلوم
قال في شرح الاقطع لو وقعت الدعوى في غير محدود لم يصح حتى تحضر الحاكم عند
الارض فيسمع الدعوى على عينها ويشير الشهود اليها بالشهادة قال
في شرح ادب القاضي تجب على المدعي وعلى الشهود الاعلام باقصى ما يمكن واقصى
في الدار البلدة ثم المحلة التي فيها الدار في تلك البلدة ثم تبين حدود الدار لان التعريف
باقصى ما يمكن هذا وهو ان يبين اولا الاسم العام وهو البلدة ثم يبين ما هو الاخص
منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو اخص من المحلة وهو الحدود الاربعة ليحصل التعريف
والاعلام باقصى ما يمكن فاذا فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كله قبل القاضي و
قضى به **وقال** الاستروشني في الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الامام الفقيه الحاكم
ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقعت الدعوى في العقار لا بد
من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر
الكورة ثم بذكر المحلة اختيارا لقول محمد بن الحسن فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم
ثم ينزل من الاعم الى الاخص وقال ابو زيد البغدادي يبدأ بالاخص
بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول
فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو اقرب ثم يترقى الى الابعد لكن

ما قال محمد ابن الحسن احسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام و
فصل النسب حجة علينا لان الاعم اسمه فان جعفر في الدنيا كثيرة فان عرف
والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا اخص فان عرف والا ترقى الى الجد
الى هنا لفظ الفصول وقال في هذا الفصل ايضا في موضع اخر وذكر في الذخيرة
اذا ادعى محدودا في موضع كذا وبين الحدود ولم يبين ان المحدود ما هو كرم او
ارض او دار وشهد الشهود كذلك هل تسمع وهل تصح الدعوى والشهادة وحكى
فتوى شمس الائمة السرخسي انه لا يصح الدعوى والشهادة وحكى فتوى
شمس الاسلام الاوزجندي ان المدعي اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود
يصح الدعوى ولا يوجب ترك بيان المحدود جهالة في المدعا وكان ظهير الدين
المرغيناني يكتب في جواب الفتوى لتوسع قاضي هذه الدعوى تحدد وقيل ذكر المصر
والقرية والمحلة ليس بلازم وذكر رشيد الدين انه لا بد ان يكتب في اي قرية و
باي موضع لترتفع الجهالة الى هنا لفظ الفصول ايضا ثم اذا ذكر المدعي الحدود
الثلثة يكتفى بها عندنا خلافا لزفر وقال شمس الائمة السرخسي في باب القاضي يقضي في المسجد
من شرح ادب القاضي ولو بينوا ثلثة حدود ولم يبينوا الحد الرابع جاز عندنا
وعند زفر لا يجوز حتى يبينوا الحدود الاربعة وغلطوا في احد الحدود الاربعة لا يقبل الشهادة
بالاجماع فزفر رحمه الله قاس ترك احد الحدود الاربعة على وقوع الغلط في احد الحدود
ثم وقوع الغلط يمنع قبول الشهادة فكذلك الترك لان المشهود به يبقى
مجهولا وتختلط غيره به فيختلف المشهود به ولا يقبل وعلماؤنا رحمهم الله فرقوا
فيما بينهما فقالوا اذا غلطوا في احد الحدود تختلف المشهود به فالمشهود به في شهادة
هذا غير المشهود به في شهادة الاخر فلا يمكن القبول بخلاف ما لو تركوا احد الحدود
الاربعة لان المشهود به لا يصير به شيئا اخر فقلنا بانه يقبل الى هنا لفظه
في هذا الباب وذكر في باب الخل يدعي الشيء في يد رجل من الرقيق في
المتاع والعقار اختلاف المشايخ فيما اذا غلطوا الحد الرابع فقال اذا شهدوا الحدود
الاربعة

الاربعة وغلطوا الحد الرابع منهم من يقول انه يقبل هذه الشهادة لان ما غلطوا فيه
يجعل كانهم تركوا اصلا فلو تركوا الحد الرابع يقبل الشهادة كذا هذا ومنهم من قال
لا يقبل لانهم اذا غلطوا صار المشهود به شيئا اخر فكان ذلك شهادة بغير ما
شهدوا به واذا صار ذلك غير ما شهدوا صار مجهولا فاما اذا تركوا صار المشهود به
شيئا اخر وقد ذكروا اكثر الحدود والاكثر يقوم مقام الكل فصار المدعى به معلوما و
نظير هذا ما لو شهد الشاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركوا ذكر الثمن جاز ولو غلطوا
في الثمن لا تجوز شهادتهم لانهم متى غلطوا في الثمن صار هذا عقدا اخر غير ما ادعاه
المدعي ولا يقبل شهادتهم واذا تركوا الثمن فلا حاجة الى بيان الثمن لان المبيع مقبوض و
لم يصر العقد شيئا اخر بترك تسمية الثمن فيجوز شهادتهم وان ذكروا الحدين لا تجوز
شهادتهم لان المشهود به لا يصير معلوما بذكر الحدين لانهما ان ذكر الحدين
طولا بقي العرض مجهولا وان ذكر الحدين عرضا بقي الطول مجهولا ولان المحدود قد
يكون مخمسا او مسدسا فلم يوجد بذكر الحدين ذكر الاكثر ليقوم مقام الكل فقلنا
بانه لا تجوز بخلاف ما اذا ذكروا الثلثة لان الظاهر ان المحدود يكون مربعا و
يكون له حدود اربعة فبذكر الثلاث صار الكل مذكورا فيصير معلوما وروي عن ابي
يوسف انه قال ان ذكر احد الحدين طولا وذكر الحد الثاني عرضا يجوز وهذه
الرواية شاذة وفي ظاهر الرواية لا تجوز كذا في شرح ادب القاضي وقال القدوري في
كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا ذكروا ثلثة حدود وسكتوا عن الرابع جاز وحكي
عنهما انه لا تجوز ثم الدار اذا كانت مشهورة لا تستغنى عن ذكر الحدود على قول
ابي حنيفة على ما ذكر في النوادر وعلى قولهما يستغنى عن ذكر الحدود كذا في شرح ادب
القاضي وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا شهدوا بدار
ولم يحدوها لم يقبل شهادتهم وقالا اذا كانت الدار مشهورة معروفة جاز ذلك كدار
الصيارفة بالكوفة ودار القطن ببغداد وجه قول ابي حنيفة ان الدار المشهورة
يمكن ان يزاد فيها وينقص منها والاسم مستعمل على جهة واحدة فصارت الشهادة

واقعة بالمجهول وليس كذلك الرجل المشهور **باسمه** لان المقصود ان يتميز الشخص
وهذا المعنى يحصل بانه اشتهر باسمه والمقصود بالدار حصول جميعها وهي تختلف
وان تميزت بالاسم دون جميع حدودها لان الحدود في العقار كالاسم والنسب
فاذا كان المشهور باسمه كالطابع والقادر لا يحتاج الى ذكر نسبه كذلك العقار المشهور
باسمه **ثم** في تحديد العقار لا بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود انسابهم ولا بد من ذكر الجد
على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وروي
في رواية شاذة عن ابي يوسف ان ذكر الاب لا يشترط ايضا وهذا لا يعتمد عليه ان كان
الرجل مشهورا كالشهرة ابي حنيفة ابن ابي ليلى يستغني به عن ذكر النسبة وان ذكر اسمه
واسم ابيه وذكر صناعته لا يكفي لان الصناعة ليس بشيء لازم فان الانسان قد
يشتغل بالصناعة في زمان ثم يشتغل بصناعة اخرى غير تلك الصناعة في
زمان آخر فلا يحصل به التعريف وان ذكر اسمه واسم ابيه واسم جده وفي
المحلة رجلان بهذه الصفة فانه يذكر مع هذا شيئا ينقطع به الاشتراك
ويبالغ في التعريف باقصى ما يمكن الى هنا لفظ شمس الائمة في باب القاضي
يقضي في المسجد وقال في باب اداء الشهادة من الفتاوى الصغرى شرط
الخصاف ذكر الجد للتعريف وهكذا ذكر في الشروط من مشايخنا من
قال هذا قولهما **اما** على قول ابي يوسف اسم الاب يكفي وهو المعروف
ومحمد رحمه الله توسع في الكتب وترك اسم الجد وذكر شمس الائمة الحلواني
في شرح ادب القاضي ان هذا قول ابي حنيفة **اما** على قولهما ذكر اسم الاب يكفي
وهكذا ذكر الاختلاف ابو زيد في شروطه والصناعة لا يقوم ذكرها مقام ذكر
الجد الا ان تكون صناعة يعرف بها لا محالة الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى
ونقل في الفصل **الثامن** من الفصول عن المحيط والذخيرة واذا كتب احد
حدودها دار فلان لا يكتب اشتراها بحدودها لان الحد يدخل وان كتب احد حدودها
ينتهي الى دار فلان او يلازق دار فلان يكتب اشتراها بحدودها وذلك الحالم وكان
عهدان

محمد بن الحسن يكتب يلي دار فلان وما ذكرناه احسن لان ما يلي الشيء قد يكون بينهما
فرجة وليست تنبئ عن الملاصقة **ثم** قال في الفصول وان ادعى بحدوده او جملة
حدوده او جميع حدوده متصل بملك المدعي هل يحتاج الى ذكر الفاصل فقيل
لا يحتاج وان كان متصلا بملك المدعى عليه يحتاج الى ذكر الفاصل وقيل ان كان المدعى
ارضا فكذلك الجواب وان كان بيتا او دارا او منزلا فلا حاجة الى ذكر الفاصل
والجدار فاصل وان كان المدعى ارضا واحتيج الى ذكر الفاصل فذكر والفاصل شجرة
فذلك لا يكفي هكذا حكي فتوى شمس الاسلام الاوزجندي لان الشجرة لا
يحيط بجميع المدعى والفاصل يجب ان يكون محيطا بجميع المدعى حتى يكون معلوما
ونقل في الفصول ايضا عن شهادات العدة المقيدة اذا كانت ربوة تصلح حدا وان
لم يكن ربوة لا تصلح حدا ونقل ايضا عن شهادات المحيط اذا ذكر في الحد لزيق ارض
الوقف فذلك لا يكفي وينبغي ان يذكر انها وقف على الفقراء او على مسجد كذا وما اشبهه
نقل ايضا عن المحيط والذخيرة اذا ذكر في الحد لزيق ملك ورثة فلان لا يكفي لان الورثة
مجهولون ونقل عن العدة اذا جعل احد الحدود لزيق ارض لا يدرى مالكها لا يكفي ما لم
يقل لزيق ارض في يد فلان حتى تحصل المعرفة وذكر في موضع اخر منها اذا ذكر احد
الحدود ارض المملكة تصح وان لم يذكر انها في يد من لان ارض المملكة تكون في يد
السلطان اذ بواسطة يد نائبه لكن يشترط ان يقول والفاصل بينهما مسناة قديمة
وقال ايضا في الفصول والنهر لا يصلح حدا عند بعض اهل الشروط وكذلك
السور وهو رواية عن ابي حنيفة وظاهر المذهب انه يصلح حدا والخندق نظير
النهر كذا ذكر في المحيط والذخيرة وقال الامام ابو محمد الناصحي النيسابوري
في تهذيب ادب القاضي فان قال الشاهد ان نشهد ان الدار التي في موضع كذا لهذا الرجل
ونعرف حدودها ونقف عليها ولا نعرف اسماء الحدود بعث القاضي الشاهدين
جماعة ليقف الشهود على الحدود بحضرتهم ويقولون هذه الدار التي شهدنا
بها لهذا الرجل هذه حدودها ويأتون القاضي فيشهد اولئك الذين حضروا

مع الشاهدين فان القاضي يقضي بها للمشهود له لان اعلام العقار بالتحديد وقد
علموا الحدود وجهلوا اسمه فلم يمنع صحة الشهادة كما لو شهدوا على رجل مشار اليه
يعرفون اسمه فانه يقبل كذلك هذا **واما** الفصل الثاني وهو ذكر المدعي
ان المدعا عليه فانما شرط ذلك لان المدعا اذا لم تكن في يد المدعا عليه لا تكون

المدعى في يده

المدعا عليه خصما للمدعي فلا يصح دعواه ونقل في خلاصة الفتاوى عن
دعوى الاصل رجل ادعى على اخر دارا في يديه وقال ملكي وفي يدي وانكر المدعا عليه
انها ملك المدعي لكنه مقر انها في يديه فاقام المدعي البينة انها ملك المدعي فان
القاضي لا يقضي بهذه ما لم يشهدوا انها في يد المدعى عليه قال الفقيه اصحابنا
اذا قال المدعي انها ملكي وفي يدي لا يسمع هذه الدعوى ويقول لنا القاضي
اذا كان يملكك وفي يدك ايش تطلب والجواب ان نقول ان هذا اذا لم يكن ثمة منازع
اما اذا كان ثمة من ينازعه فيها او في احدهما يقبل ويسمع الدعوى وفي ادب
القاضي للخصاف لو اقام احدهما البينة انها في يديه واقام الاخر البينة
انها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد قال مشايخنا نصفه على وجه
الترك لان الكلام فيما اذا كان في يديهما والظاهر ان كله على وجه القضاء الى
هنا لفظ الخلاصة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في اول كتاب
الدعوى من شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا كانت الدار في يد رجلين كل واحد
واحد منهما يدعي انها له فكل واحد منهما مدع لما في يد صاحبه وعليه البينة ولكل
واحد منهما على صاحبه اليمين فان حلف على دعوى صاحبه برئ عنها وايهما
نكل عن اليمين لزمته دعوى صاحبه لان يد كل واحد منهما ثابتة على النصف فكان
خارجا فيما في يد صاحبه فيكون البينة بينته على ما في يد الاخر واليمين
يمين صاحبه وكذلك الحيوان والعروض واذا تنازع رجلان في دار يدعي
كل واحد منهما انها في يديه فعلى كل واحد منهما البينة انها في يديه لان اليد ما
يتنازع فيها كالملك فيجب اثباتها بالبينة فان اقام كل واحد منهما البينة انها في يديه
جعل

جعل في يد كل واحد منهما نصفها لانهما استويا في الحجة فيستويان في استحقاق
اليد وقد تعذر القضاء بثبوتها على الكل لمكان النزاع فيقضى بثبوتها على النصف
وان لم يقم البينة لهما فطالب كل واحد منهما يمين صاحبه على ما في يديه فعلى
كل واحد منهما ان يحلف البتة ما هو في يد صاحبه فان حلفا لم يجعلها في يد واحد
منهما وايهما نكل عن اليمين لم يجعلها في يده لانه تعارضت الحجتان فتعذر القضاء
بها فيكون في ايديهما بقضاء ترك لا بقضاء استحقاق فان وجدها القاضي
في يد غيرهما لم ينزعها من الذي هي في يديه بالذي انفذه بين هذين لان القاضي
ما قضى باليد لهما قضاء استحقاق فلا نسلمها اليهما **واما** الفصل الثالث
وهو ذكر المدعي انه يطالب المدعا عليه بالمدعي فانما شرط ذلك لان المطالبة
حق المدعي فلا يلتفت القاضي الى دعواه الى ان يطلب حقه ولانه يحتمل ان المدعا
في يد المدعا عليه مرهون او محبوس بالثمن فلا يصح الدعوى قبل اداء الدين او اداء الثمن
فبالمطالبة يزول الاحتمال لانه لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لم يطالب بالانتزاع
من ذي اليد بخلاف مجرد الدعوى انه يملكه اذ مجرد الملك لا يدل على ان اليد له قال
صاحب الهداية وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق يعني قال
المشايخ في دعوى المنقول يجب ان يقول المدعي ان هذا الشيء لي وفي يده بغير حق لهذا
المعنى الذي قلنا وهو احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن قال في كتاب الشها
الشهادات من الفتاوى الصغرى والتتمة اذا شهدا انه ملك المدعي ولم يشهد
انه في يد هذا بغير حق يعني انه يقبل وسمعت انه ذكر شمس الائمة الحلواني
في الجامع انه اختلف المشايخ فيه وقال الاصح انه لا يقبل وذكر نجم الدين
النسفي عن ابي الحسن السغدي والبزدوي انه شرط ما لم يثبت انه في يده بغير
حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتي اكثر مشايخنا قال صاحب التتمة وهو
الصحيح وعليه الفتوى **قوله** فان العقار يعرف به اي بالتحديد العقار بالفتح
الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ما له دار ولا عقار كذا في الصحاح وقيل العقار اسم

اسم للعرصة المبنية والضيعة اسم للعرصة لا غير **قوله** وفي ذكر اسماء اصحاب
الحدود اي حدود العقار **قوله** هو الصحيح احتراز عما روي عنهما ان ذكر الاب يكفي
قوله ولو كان الرجل معروفا مشهورا يكتفي بذكره يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد
حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب **قوله** فان ذكر ثلثة من الحدود
يكتفى بها عندنا خلافا لزفر قد ذكر القدوري في كتاب التقريب قول ابي يوسف
ومحمد كقول زفر لكنه لم يذكر فيه قول زفر وقد مر قبل هذا **قوله** بخلاف
ما اذا غلط في الرابعة يعني اذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز واذا ذكر
الرابع وغلط فيه لا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر ولكن ينبغي ان يكون هذا على اختيار
بعض المشايخ لانا قد روينا قبل هذا اختلاف المشايخ من شرح ادب القاضي فيما
اذا غلط الشهود في الحد الرابع حيث قبلت الشهادة عند بعضهم ولا شك ان التحديد
يشترط في الشهادة كاشتراطه في الدعوى **قوله** وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي
وتصديق المدعى عليه انه في يده يقبل يعني اذا ادعى المنقول فاقر المدعا عليه انه
في يده يقبل اقراره وفي العقار لا يعتبر اقرار المدعى عليه انه في يده بل يشترط قيام
الشهادة على انه في يده دفعا للاحتيال وقد مر بيان ذلك عند قوله وان لم تكن حاضرة
ذكر قيمتها قال في الفصل الثامن من الفصول لو شهد شاهدان بملكية الدار للمدعي
ولم يشهدا انها في يد المدعا عليه عند محمد تقبل وفي ظاهر الرواية لا تقبل ما لم يشهدا ان
الدار في يد المدعا عليه فان شهد شاهدان بالملك للمدعي في دعوى الدار ولم يتعرضا
انها في يد المدعا عليه وشهد اخران بكونها في يد المدعا عليه تقبل كلتا الشهادتين
لان الحاجة لاثبات اليد للمدعا عليه حتى يصير خصما ولاثبات الملك للمدعي ولا فرق
في ذلك بين ان يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق واحد وفريقين ثم اذا شهد الشهود
انها في يد المدعا عليه يسالهم القاضي اعن سماع تشهدون انها في يده او عن معاينة
لانهم ربما سمعوا اقراره انها في يده وظنوا ان ذلك يطلق لهم الشهادة قال وقد
اشتبه على كثير من الفقهاء ان مجرد اقراره هل يثبت يده عليه حكما فاذا كان في موضع
الاشتباه

الاشتباه فما لم يذكروا في شهادتهم انهم عاينوا يد المدعى عليه لا يقبل القاضي
منهم ولا تختص هذا في هذه الحادثة بل في غيرها كذلك حتى لو شهدوا على البيع
والتسليم يسالهم القاضي انشهدون على اقرار البايع او على معاينة البيع والتسليم
والحكم تختلف في ذلك فان الشهادة بالبيع معاينة شهادة بالملك للبايع
والشهادة على اقرار البايع بالبيع والتسليم لا يكون شهادة بالملك للبايع وعسى
لا يفرق الشاهد بين الامرين فيسال القاضي ازالة لهذه الشبهة هكذا حكي عن
الخليل بن احمد السجزي كذا اورده ظهير الدين في شروطه الى هنا لفظ الفصول **قوله**
وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه بدين قال القدوري في مختصره يعني
اذا كان المدعا دينا لا عينا لا يشترط فيه الاحضار الى مجلس القاضي انما يشترط
في العين القايمة لان الاحضار انما اشترط ثمة ليمتاز المدعا من غيره بالاشارة
اليه عند الدعوى والشهادة عند استحلاف المدعا عليه لان العين قد تشترك
مع عين اخرى في الوصف والحلية فلا ينقطع الشركة ما لم يكن الاشارة اليها في
الحضور والدين لا يمكن اعلامه بالاشارة اليه فلم يلزم احضاره بل اكتفي
ببيان الجنس والقدر والوصف بخلاف ما اذا كانت العين مستهلكة حيث تقبل
الشهادة عليها من غير اشارة لان الدعوى في قيمتها ان لم تكن من ذوات
الامثال وفي مثلها ان كانت من ذوات الامثال والمثل والقيمة دين في الذمة
والشهادة في الديون تقبل بلا اشارة اليها ولكن لا بد من بيان الجنس والقدر والوصف
والى هذا اشار القدوري اولا عند قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في
جنسه وقدره لان ذلك كلي يشتمل العين والدين جميعا ولكن ان كان نقليا قايما
بعينه يشترط الاحضار وان كان عقارا يجب التحديد بخلاف الدين فافهم **قوله**
قال واذا صحت الدعوى سال المدعا عليه عنها اي قال القدوري في مختصره يعني اذا
صحت الدعوى ببيان القدر والجنس وحضر المدعا عليه مجلس القاضي او صحت ببيان
التحديد ان كان المدعا عقارا سال القاضي المدعا عليه عن الدعوى حتى ينكشف وجه

القاضي ٢

الحكم لان الاشيا التي ينقطع بها المنازعة ثلثة الاقرار والبينة واليمين قال فان اعترف
قضى عليه بها اي ان اعترف المدعا عليه بما ادعى المدعي فقضى القاضي على المدعا عليه بدعوى
المدعي اي بما ادعاه من الحق يعني الزمه ذلك وذلك لان اقرار الانسان على نفسه حجة
لكونه غير متهم فيه يؤيده قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهدة فدل على
جواز الاقرار قال وان انكر سال المدعي البينة وذلك لما حدث الشيخ ابو جعفر
الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى علقمة ابن وايل عن ابيه قال جاء رجل من حضرموت
ورجل من كندة الى رسول الله صلى الله عليه فقال الحضرمي يا رسول الله ان هذا قد غلبني على
ارض كانت لي فقال الكندي هي ارضي في يدي ازرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله
صلى الله عليه للحضرمي الك بينة فقال لا فقال النبي صلى الله عليه فاحلفه فقال انه ليس
له يمين فقال النبي صلى الله عليه ليس لك منه الا ذلك فانطلق ليحلفه فقال رسول الله صلى الله عليه
اما انه ان حلف على ملكه ظالما لياكله ليلقين الله عز وجل وهو عنه معرض فعلم بهذا
ان سوال البينة مقدم على اليمين لانه عليه السلام رتب اليمين على فقد البينة لانه
عليه السلام طلب يمين المدعا عليه بعد ما قال المدعي لا بينة لي وهذا على اصل ابي حنيفة
يوافق جدا لانه لا يرى الاستحلاف اذا قال المدعي لي بينة حاضرة فلهذا وجب
السوال عن البينة قال فان احضرها قضى بها اي ان احضر المدعي البينة على وفق
دعواه قضى القاضي بالبينة وذلك لان دعوى المدعي خبر محتمل بين الصدق والكذب
فيترجح صدق الدعوى بالبينة لان الشرع جعلها حجة قال وان عجز عن ذلك
وطلب يمين خصمه استحلفه عليها اي ان عجز المدعي عن اقامة
البينة وطلب يمين المدعا عليه استحلفه القاضي حينئذ على دعواه وذلك
لحديث الحضرمي والكندي الذي رويناه انفا وروي في السنن مسندا الى ابن ابي مليكة
قال كتب الي ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه قضى باليمين على المدعا عليه قال في شرح
ادب القاضي يعني قوله قضى اي شرع وروى محمد ابن الحسن في كتاب الدعوى
باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه انه قال البينة على
المدعى

قال

المدعي واليمين على من انكر وروى الطحاوي في شرح الاثار ايضا عن رسول الله صلى الله عليه انه
لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى
عليه رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وانما شرط طلب المدعي يمين خصمه لان
اليمين شرعت مستحقة على المدعى عليه حقا للمدعي فلا بد من طلب صاحب الحق حقه
كما في ساير الحقوق **قوله** فان حضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها اي
عن الدعوى لان جهة الصدق تترجح بالبينة على جهة الكذب فلا جرم يقضى
بالبينة **قوله** لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال
لك يمينه **قوله** فلا بد من طلبه اي من طلب المدعي استحلاف خصمه **قوله**
الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام هذا ايضاح لقوله لان اليمين حقه اي حق
المدعي يعني ان اليمين حقه فلا بد من طلبه والدليل على ذلك ان النبي صلى الله عليه
اضاف اليمين الى المدعي بلام الاختصاص في قوله لك يمينه فعلم ان اليمين
حق له وانما اضيف بتذكير الفعل وان كان مسندا ضمير اليمين التي هي مونثة على
تاويل القسم او الحلف كقوله ولا ارض ابقل ابقالها بتاويل المكان والله اعلم

باب اليمين

اقول ما كان تحتاج منا
الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة
الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين **قوله** واذا قال
المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رضي
الله عنه هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية ومحمد مع ابي يوسف
فيما ذكره الطحاوي وهذه رواية عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في
مختصره ومن ادعى على رجل ما لا ذكره وطلب من القاضي استحلافه على ذلك بعد
انكار المدعا عليه عند القاضي ما ادعاه عليه المدعي من ذلك فان ابا حنيفة
قد روي عنه في ذلك ان القاضي لا يستحلف له المدعا عليه ان ذكر له المدعي ان له
على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد وقال ابو يوسف يستحلف

فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة

لئن عاد ذلك ولا يمنعه من استحلافه ذكره لان له بينة حاضرة يشهد له على
دعواه الا لفظ الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد اصلا كما ترى
ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا مع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي
الا ترى ان القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم يوجد هذه
الرواية عن محمد وقوله ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف فيه نظر ايضا لان
الخصاف لم يذكر الخلاف في ادب القاضي الا بين ابي حنيفة وابي يوسف ولم يذكر لمحمد
قولا وكذلك فعل ابو بكر الرازي في شرح ادب القاضي للخصاف ولم يذكر قول محمد
اصلا ثم ابو بكر الرازي قال في شرحه وجدت قول ابي حنيفة كذا ووجدت
قول ابي يوسف كذا الا ترى ان الامام ابا عاصم الناصحي النيسابوري قال في تهذيب
ادب القاضي للخصاف قال ابو حنيفة اذا ادعى الخصم انه له بينة حاضرة وسأل
يمين المدعى عليه لم استحلفه وقال ابو يوسف نستحلفه ثم قال ولم يذكر الخصاف
قول محمد ثم قال وذكر ابو علي ابن موسى ان قول محمد مثل قول ابي يوسف فيما روى
عبد الرحمن الهروي وغيره من اصحاب محمد فعلم بهذا ان ما قاله صاحب الهداية موضع
النظر نعم ان قول محمد كقول ابي يوسف ولكن لا فيما ذكره الخصاف وجه قولهما ما ذكر شمس
الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب اليمين ان اليمين حق المدعي والبينة حق المدعي
فكان له ان يستوفي اي الحقين شاء يدل عليه ان له في اليمين فائدة لان المدعى عليه ربما
يقر او ينكل فيتوصل الى حقه في اقرب الاوقات والعاقل يختار التوصل الى حقه
باقصر طرق فاذا عجز عن الوصول الى حقه باقصر الطرق فحينئذ يشتغل باطول
الطرق ولا يتعذر عليه اثبات حقه باقامة البينة بعد ذلك اذا حلف المدعى عليه
فقلنا بانه يحلف وابو حنيفة احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه انه قال
للمدعي الك بينة قال لا فقال لك يمينه فالنبي عليه السلام رتب اليمين
على البينة فدل على ان اليمين انما تكون حجة عند عدم البينة ولان اليمين الكاذبة
مهلكة فالمدعى عليه يتأذى حق المدعي فالشرع جعل اليمين الكاذبة حقا

له حتى

ثم واما لو اذا كان له بينة في

له حتى تصير مهلكة اياه بازاء ما اهلك من المال اهلاكا بازاء اهلاك وانما
يستحق اتوا الحق على المدعى اذا لم يكن له بينة لا يتوى حقه بل يمكنه اثبات حقه
بالبينة فلا تجعل اليمين المهلكة حقا له في هذه الحال لانه في غيرة قته
لان المدعي اذا كان له بينة وقصد استحلاف المدعى عليه فقد قصد افتضاح
المسلم فانه يحلفه ثم يقيم البينة فيكون فيه فضيحة المسلم وقد امرنا بالستر
ونهينا عن افتضاح المسلم فلهذا لم يكن له ان يحلفه متى كان له بينة وان قال
لا بينة لي او قال شهودي غيب فانه يحلفه القاضي ويغلظ عليه اليمين زجرا له عن
الاقدام على اليمين الكاذبة وصفة التغليظ يجيء بيانها في اول الفصل الذي يعقب
هذا الباب **قوله** معناه حاضرة في المصر اي معنى قول القدوري له بينة حاضرة
اي حاضرة في المصر هذا احتراز عما اذا كانت البينة غائبة عن المصر فحينئذ يستحلف
بالاتفاق واحتراز ايضا عما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس فلا اختلاف حينئذ
بالاتفاق واليه اشار صاحب الهداية عند تعليل قول ابي حنيفة بقوله كما اذا كانت
البينة حاضرة في المجلس **قوله** بالحديث المعروف اراد به قوله عليه السلام
لك بينة قد مر قبيل هذا الباب ويجوز ان يريد به قوله عليه السلام واليمين على من
انكر **قوله** بما رويناه اشارة الى قوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه
قوله فلا يكون حقه دونه اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن
اقامة البينة اي بغير العجز وهذا منع لقولهما ان اليمين حق المدعي يعني لا نسلم ان
اليمين حق المدعي مطلقا وانما يكون حقه اذا عجز عن اقامة البينة وهو ليس
بعاجز عنها اذا كانت البينة حاضرة في المصر فاشبه ما اذا كانت حاضرة في
المجلس فحينئذ لا يثبت له حق اليمين فكذا هنا والجامع القدرة على اقامة البينة **قوله**
قال ولا ترد اليمين على المدعي اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي يقضى
بيمين المدعي في موضعين وهو مذهب مالك واحمد واهل الحجاز جميعا احدهما اذا نكل
المدعى عليه عن الحلف يحلف المدعي فاذا حلف يقضى بما ادعى وان ابا انقطعت الخاصمة

والثاني إذا أقام المدعي شاهداً واحداً ولم يكن له شاهد آخر وحلف
قضي له وعندنا لا يقضى بيمين المدعي أصلاً ففي الفصل الأول نقضي بنكول المدعى عليه
وفي الفصل الثاني تحلف المدعا عليه فإن نكل نقضي به وجه قولهم ما روي في
شرح الآثار عن سهل ابن أبي حثمة في القسامة أن رسول الله صلى الله عليه قال
للأنصار أيبرئكم يهود بخمسين يميناً فقالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار فقال
رسول الله أتحلفون وتستحقون وجه الاستدلال أن رسول الله صلى
الله عليه جعل الأيمان على المدعين بعد أن جعلها على المدعا عليهم فعلم أن رد اليمين
جائز وروى مالك في الموطأ عن جعفر ابن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه
قضى باليمين مع الشاهد قال مالك وإنما يكون ذلك في الأموال خاصة ولا يقع
ذلك في شيء من الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في
فرية وروى في السنن وشرح الآثار مسنداً إلى سيف ابن سليمان المكي عن قيس
ابن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه قضى باليمين
مع الشاهد وحدث الطحاوي عن يونس عن ابن وهب عن سليمان ابن بلال
عن ربيعة ابن أبي عبد الرحمن عن سهيل ابن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة عن رسول
الله صلى الله عليه مثله وحدث الطحاوي أيضاً في شرح الآثار بإسناده إلى عبد العزيز
ابن محمد عن ربيعة ابن أبي عبد الرحمن فذكر بإسناده مثله قال عبد العزيز فلقيت
سهيلاً فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه وحدث أبو داود في السنن قال
حدثنا أحمد ابن أبي بكر أبو مصعب الزهري قال حدثنا الدرا وردي عن ربيعة
ابن أبي عبد الرحمن عن سهيل ابن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه
قضى باليمين مع الشاهد قال أبو داود وزادني الربيع ابن سليمان المؤذن
في هذا الحديث قال أخبرنا الشافعي عن عبد العزيز قال فذكرت ذلك
لسهيل فقال أخبرني ربيعة وهو عندي ثقة أني حدثته فكان سهيل بعد يحدثه
عن ربيعة عنه عن أبيه عن جابر ابن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه مثله وروي
فيه أيضاً

النبي

فيه أيضاً مسنداً إلى عثمان بن الحكم عن زهير ابن محمد عن سهيل ابن أبي صالح عن
أبيه عن زيد ابن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه مثله والمعقول في المسألتان
اليمين حجة من يشهد له الظاهر وهو شاهد للمدعا عليه لأن الأصل براءة ذمته
فإذا أنكر تحول الظاهر إلى المدعي فيصير اليمين حجة في حقه ولنا
ما روى محمد ابن الحسن في أول كتاب الدعوى عن عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده عن النبي صلى الله عليه أنه قال البينة على المدعي واليمين على من أنكر بيانه
أن النبي صلى الله عليه جعل البينة حجة جنس المدعين واليمين حجة جنس المنكرين
فيكون جميع الأيمان على المنكرين وفي رد اليمين على المدعي لم تجعل جميعها على المنكرين
فيكون ذلك نسخاً للحديث المشهور ولأنه عمل به الأمة وأنه لا يجوز بخبر الواحد
ولا بالقياس والمعنى في ذلك ما ذكره أبو بكر المعروف بخواهرزاده في كتاب
الشهادات وهو أن القياس أن لا يكون قول الغير حجة على الغير إذا لم
يكن معصوماً عن الكذب إلا أنا تركنا هذا القياس في الشهادة وفي يمين
المدعا عليه بالنص وما ثبت نصاً بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره والنص
الوارد بجعل الشهادة حجة للاستحقاق مع احتمال الكذب لا يكون
وارداً في يمين المدعي دلالة لأن ما يتمكن في يمين المدعي من الكذب
أكثر مما يتمكن في الشهادة لأن الشاهد يشهد لغيره والمدعي خصم يثبت لنفسه
ولا شك أن المثبت لنفسه أكثر تهمة من المثبت لغيره ولهذا لم يكن شهادة الأب
حجة وكذلك النص الوارد بجعل اليمين حجة للمنكر فإنه بيمينه ليس يستحق
ما ليس ثابتاً له بل يدعي ما هو ثابت له لا يكون وارداً دلالة في حق المدعي
بيمينه يثبت ما ليس بثابت له لأن إثبات ما هو غير ثابت فوق إبقاء ثابت
وإذا لم يكن وارداً دلالة لا يرد ما تنازعنا فيه إلا ما يقتضيه القياس والقياس
أن لا يكون قول الغير حجة على الغير فكيف قول الإنسان لنفسه على الغير إلا أنا
نقول استدل بعض أصحابنا في المسألة بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من

من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان بيانه ان الله تعالى بين حكم الشهادة
اصلا وخلفا فمن جوز القضاء باليمين مع الشاهد بخبر الواحد فقد زاد
على النص به وانه لا تجوز الزيادة به لانه نسخ عندنا على ما عرف في اصول
الفقه ولان اليمين حجة المدعى عليه فلم تجز نقلها الى الاخر كالبينة يبين
ذلك ان البينة يدخلها النيابة من جهة الشهود واليمين خلافه فاذا لم تجز
رد البينة برضاهما حين فاليمين اولى ولان يمين المدعى قوله فلا يستحق به
الشيء المدعى على غيره كدعواه يؤيده ما روي في شرح الاثار عن ابن
عباس ان رسول الله صلى الله عليه قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس
دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ذكره مسلم ايضا في صحيحه
عن ابي الطاهر عن ابن وهب عن ابن جريج عن ابن ابي مليكة عن ابن عباس
عن النبي صلى الله عليه فثبت بذلك ان المدعي لا يستحق بدعواه دما ولا مالا و
انما يستحق بها يمين المدعى عليه خاصة وهذا حديث ظاهر المعنى تجل عليه بما
خفي في حديث الخصم وتجعل المراد من اليمين يمين المدعى عليه فافهم والجواب
الثاني من حديث الخصم فنقول ضعفه الطحاوي في شرح الاثار فقال **واما**
حديث عثمان ابن الحكم عن زهير ابن محمد عن سهيل عن ابيه عن زيد بن ثابت
فمنكر لان ابا صالح لا يعرف له رواية عن زيد بن ثابت ولو كان عند سهيل
من ذلك شيء لما انكره على الدراوردي لما ذكره عن ربيعة **واما** حديث ابن
عباس فمنكر ايضا لان قيس بن سعد لا نعلمه يحدث عن عمرو بن دينار بشيء
فكيف يحتج به الخصم في مثل هذا ولان سيف بن سليمان ضعيف لا يحتج
بروايته في اثبات اليمين كذا قال ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي
وقال الخصاف ان يزداد القاضي ذكر هذا الحديث لعلي بن المديني فقال
هذا غلط من سيف **واما** حديث جعفر ابن محمد عن ابيه عن جابر فان
عبد الوهاب ذكر هكذا **واما** الحفاظ مالك وسفيان فرووه عن جعفر

ابن

ابن محمد عن ابيه عن النبي صلى الله عليه ولم يذكروا فيه جابرا وهم لا يحتجون
بعبد الوهاب فيما يخالف فيه الثوري ومالكا كذا قال الطحاوي وان نقول
ان صح الحديث فتاويله ان المدعى عليه ادعى على المدعي الايفاء وفي مثله تجب
اليمين على المدعي لانه ينقلب مدعى عليه اوثما ويلخانه النبي عليه السلام
قضى باليمين مع الشاهد في ما اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن
اقامة شاهد اخر فقضى رسول الله صلى الله عليه باليمين على المدعى عليه مع وجود
الشاهد الواحد فلم يلتفت الى وجوده قال ابو بكر الرازي ومن يخالف
مذهب القائل بالشاهد واليمين انه يستحلف المدعي اذا كان ذميا مع شهادة
المسلم ويوجب له الحق ويجعل يمين الطالب قائمة مقام المرأتين فينبغي
ان يقبل المرأتين اذا كانتا من اهل الذمة قبل يمين الذمي لان شهادة المرأتين
الذميتين ابعد من التهمة من يمين الطالب الذمي وينبغي ان يكون الذمي ممن يرضى
من الشهداء حتى اذا شهد على مسلم كان يقبل الشهادة والذي روي ان النبي
صلى الله عليه قال لليهود اتحلفون وتستحقون فلا دليل فيه للخصم لانه قال عليه
السلام ذلك على سبيل الانكار عليهم بدليل ان اليمين عند المخالف لا يرد على المدعي الا بعد
ان يمتنع المدعى عليه واليهود لم يمتنعوا من اليمين وانما قالت الانصار لا نرضى بايمانهم
فدل ان الكلام خرج على وجه الانكار وحدث الطحاوي في شرح الاثار عن
وهبان ابن عثمان البغدادي قال حدثنا ابو همام قال حدثنا ابن المبارك
عن ابن ابي ذيب عن الزهري ان معاوية اول من قضى باليمين مع الشاهد وكان
الامر على غير ذلك فان قلت انتم ابيتم القضاء باليمين مع الشاهد لكونه
زيادة على النص بخبر الواحد وتجوزون شهادة المرأة الواحدة في الولادة و
البكارة وعيوب النساء في موضع لا يطلع عليه الرجال وفيه زيادة على النص ايضا
بخبر الواحد قلت شهادة النساء جوزت بالاجماع في هذه الصورة
عند اشتراط ضم الذكر اليهن والحكم الثابت بالاجماع كالحكم الثابت بالنص وانما جوزت

لاحد

وهبان

شهادة تهن دفعا للضرورة ثم لما سقط اعتبار الضم سقط اعتبار العدد
ايضا عندنا لان اعتبار العدد في الشهادة بخلاف القياس لان ذلك لا يفيد
شيئا زائدا على انا نقول قوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه الجنس والجنس يقع على الادنى مع احتمال الكل فهو حديث مشهور يجوز
الزيادة به على الكتاب فعند مالك يشترط الثنتان وعند الشافعي يشترط الاربع
ومذهبنا مروي عن علي رضي الله عنه وقد روى محمد هذا الحديث في شهادات
الاصل في اول باب شهادة النساء عن ابي يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد
وعن سعيد ابن المسيب وعطاء ابن ابي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه قوله قال ولا يقبل بينة صاحب
اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى قال القدوري في مختصره قال شيخ
الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال زفر والشافعي بان بينة ذي اليد اولى وهو قول
مالك كقول الشافعي كذا في التفريع وقول احمد بن حنبل كقولنا كذا ذكر الخرقي
قوله في مختصره واراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض للسبب
بان يقول هذا ملكي ولم يقل بسبب الشراء او الارث او نحو ذلك وهذا لان المطلق
ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وجه قول
الشافعي ان الخارج وذا اليد تساويا في البينة وانفرد ذو اليد باليد فكان
اولى يدل عليه الاحكام منها انهما اذا ادعيا النتاج كان ذو اليد اولى
ومنها انهما اذا ادعيا نكاح امراة واقاما البينة على ذلك فصاحب اليد اولى
ومنها اذا ادعيا الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير او الكتابة بان
قال احدهما هذا عبدي اعتقته او دبرته او كاتبته او قال هذه امتي استولدتها وقال
الاخر كذلك واقاما البينة على ذلك كان ذو اليد اولى ومنها اذا ادعيا
الشراء من ثالث فاقاما البينة كان ذو اليد اولى لان بينة ذي اليد تايدت
بمؤيد وهو اليد ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
بيانه

بيانه ان النبي صلى الله عليه جعل جميع البينة من جانب المدعي لان اللام في البينة للجنس
لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعي اسم لمن يدعي الشيء
ولا يد له معه ولهذا يقال مسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج
بهذه المثابة لانه لا يد له معه على الملك بخلاف ذي اليد لان اليد دليل الملك ولان
البينات وضعت للاثبات فايتها كانت اكثر اثباتا كانت اولى فبينة الخارج
اكثر اثباتا فكانت اولى لان بينة الخارج تثبت الملك من كل وجه وبينة
ذي اليد لا تثبت الملك من كل وجه بل من وجه لان اليد دليل الملك ولهذا
لو راى عينا في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك جاز لمن راى ان يشهد
بالملك له ولهذا لو اختلف البايع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة كان بينة
البايع اولى لانها اكثر اثباتا فلذلك هاهنا ولان بينة ذي اليد قامت على ما يشهد له
ظاهر اليد فلا يقبل كما لو اقامها ابتداء ولم يقم الخارج البينة او اقامها بعد ما
قضى القاضي للخارج اذا اقاما ذو اليد على الملك المطلق واقام الخارج على الشراء
من ذي اليد ولا يلزم على هذا البينة بالتاريخ لان ظاهر اليد لا يدل على تقدم الملك
فقد اقام ذو اليد البينة على ما لا يدل عليه ظاهر يده وكذلك البينة على النتاج
لان اليد لا يدل عليه وكذلك البينة على الاعتاق ونحوه لان المقصود منه
اثبات الولاء وكل واحد منهما اثبته ببينته فترجح ذو اليد باليد وكذلك دعوى
كل واحد منهما الشراء من ثالث قال في مختصر الاسرار ولا يلزم الشفيع اذا اقام
البينة على ان الدار الملاصقة للمبيعة ملكه حيث تسمع بينته لانه يقصد بها
استحقاق ملك الغير وهي الدار المبيعة ولان ذا اليد اقام البينة فيما
يشهد له الظاهر بلحوق الفسخ على وجه المعارضة فلا يقبل كمن ادعى عليه دينا
وانكر فاقام البينة انه لا دين عليه ولا يلزم اذا اقام البينة على الحرية حيث
تقبل وان كان الظاهر يشهد لها لانه لا يلحقها الفسخ ثم يستوي
الجواب بين ان يكون الخارج مسلما او ذميا او مستامنا او عبدا او حرا

او امرأة او رجل والمدعا فيه كذلك والمدعا به كذلك اي ما كان لقوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر والباقي يعرف في كتب اصحابنا المتقدمين
قوله وكذلك على الاعتاق واخته اي اليد لا يدل على الاعتاق والاستيلاد
والتدبير كما لا تدل اليد على النتاج فكانت بينة ذي اليد اولى لانها
قامت على غير ما دلت عليه اليد فترجحت باليد **قوله** بها اي بهذه الاشياء
وهي الاعتاق والاستيلاد والتدبير **قوله** قال واذا نكل المدعا عليه عن
اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه اي قال القدوري في مختصره وفي
بعض نسخ المختصر والزمه وقال في كتاب التفريع لاصحاب مالك واذا ادعى
على رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتى يثبت ان بينهما خلطة فاذا اثبت
ذلك حلف المدعا عليه وبرئ فان نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول
وحلف المدعي على ما ادعاه واستحق ما ادعاه بيمينه ونكول خصمه فان لم يحلف
لم يحكم له بشيء الى هنا لفظ التفريع وقال الامام علاء الدين العالم في طريقه
الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم النكول حجة يقضى بها في باب الاموال وقال
الشافعي رحمه الله لا يقضى بمجرد النكول بل ينقل اليمين الى المدعي فاذا حلف
الآن يقضى له وروي عن احمد ابن محمد ابن حنبل انه قال اذا نكل المدعا عليه حبسته
ابدا حتى يحلف فيبرأ او يقر فيحكم عليه ومذهب سفيان الثوري لمذهب
اصحابنا كذا ذكره في مذهبه بعض اصحاب مالك وجه قول الشافعي في عدم
القضاء بالنكول ورد اليمين على المدعي الاستدلال بما روي عن النبي صلى الله عليه
انه رد اليمين على المدعي وقد ابطلنا ذلك قبل هذا بابلغ الوجوه ثم استدل على
دفع مذهبنا على ما يقتضيه قياس اصحابنا فقال ظاهر قوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ينفي القضاء بالنكول
لانه زيادة على كتاب الله تعالى وهي نسخ عندكم وكذا ظاهر قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر ينفي ذلك لانه جعل حجة استحقاقا البينة
لا النكول

لا النكول فمن جعل النكول حجة استحقاق المدعى فقد زاد على الحديث
المشهور وهو نسخ عندكم ولان النكول عن اليمين يحتمل التورع عن اليمين الصادقة
والتحرز عن اليمين الفاجرة والتروي لاشتباه الامر والمحتمل لا يصلح حجة
فاما من قال بالحبس على دعوى القصاص اذا نكل المدعا عليه عن اليمين وفي
باب اللعان اذا امتنعت المرأة عن اللعان فانها تحبس حتى تحلف ولا يقضى بحد
الزنا ولا بالقصاص قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وهو مذهب
مالك فانه يقول المدعا قبله اذا نكل عن اليمين لا يقضى عليه القصاص
ولكن تحبس حتى يحلف او يقر **ولنا** اجماع الصحابة على القضاء بالنكول
فان شيخ الاسلام ابا بكر المعروف بخواهر زاده قال في مبسوطه روي
عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله ابن عمر وابن عباس وابي موسى الاشعري رضي الله
عنهم انهم قضوا بالنكول روي ذلك عنهم بالفاظ مختلفة ولم يرو عن اقرانهم
خلاف ذلك فحل محل الاجماع والمعنى في المسئلة ان المدعى قبله لما نكل عن اليمين فقد
منع بدل حق المدعي فكان على القاضي ان يعيده الى اصل حقه وهو ما ادعى قياسا
على من اشترى عبدا بالف درهم فوجد المشتري به عيبا كان عند البايع فاقر به
البايع كان على القاضي ان يعيد المشتري الى اصل حقه وهو الثمن بفسخ البيع لان البايع
منع بدل حقه على الوجه الذي اقتضاه العقد عرفا وقد امكن القاضي اعادته
الى اصل حقه وانما قلنا منع بدل حق المدعي لان ادعاء المدعي ثابت في حق
المدعي لانه صادق في حق نفسه وان كان كاذبا في حق المنكر ولهذا جاز
الصلح على الانكار بناء للجواز على زعمه فالشرع اوجب اليمين على المنكر بدلا عما
ادعاه المدعي فيما ادعى في حقه ولهذا قال النبي صلى الله عليه للمدعي لك يمينه
اضاف اليمين الى المدعي بلام التمليك فدل ان اليمين حق المدعي من حيث انه بدل
حقه فكان على القاضي ان يعيده الى اصل حقه كيلا يبطل حقه عن الاصل والبدل
جميعا هذا تقرير خواهر زاده ولان النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بدلا على

مذهب ابي حنيفة اذا اقر على مذهب صاحبيه فلولا ذلك حلف المدعى عليه عملا بالواجب
عليه وحيث لم يقدم على اليمين دل انه بذل الحق او اقر فاذا بذل او اقر
وجب على القاضي الحكم بذلك قلنا اذا نكل ولا يقال كيف يعتبر النكول
اقرارا وتكرار النكول شرط دون الاقرار لانا نقول لا يعتبر التكرار
شرطا في النكول على ما ذكر محمد في الاصل ولئن سلمنا ان التكرار شرط على ما
ذكره الخصاف فنقول لا يمتنع ان يعتبر التكرار في النكول دون الاقرار مع تساويهما
في اثبات الاستحقاق كالبينة مع الاقرار ولا يقال تقبل الرجوع عن النكول
دون الاقرار لانا نقول تقبل الرجوع عن الاقرار ايضا في الحدود الواجبة حقا لله
فانه اذا اقر ثم رجع يقبل بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص فان الرجوع عنه
لا يصح لتعلق حق العبد وقال في اشارات الاسرار وانا نقول حق منع المال
مضمون باليمين فان الشرع ما تركه ومجرد انكاره بل وجه عليه اليمين واطلق له
المنع بهذا الضمان فانما قيده بهذا الضمان لان احياء الحقوق واجب بقدر الوسع
والانكار كما لم يظهر الصدق من كلام المدعي في حق القاضي لم يظهر الصدق من
كلام المدعا عليه واليد التي له على المحل محتملة فمتى ترك ومجرد انكاره ضاع جانب
المدعي فالشرع جعل للمدعي عليه حق المنع وجعل لذلك ضمانا وهي اليمين فيصير اليمين
في جانب المدعي سببا لاهلاك نفس المدعا عليه كما هو اهلاك على المدعي ماله وفي زعم المدعا
عليه ان اليمين ذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم وما في هذا ضرر في جانبه فانا
تحملنا في جانبه اكثر من هذا وهو احضاره مجلس الحكم وتكليفه الجواب فكذا تكليفه
اليمين فان كان فيه صادقا على ما عليه زعمه فلا ضرر عليه ومن زعم المدعي انه
اهلك نفسه بهذه اليمين الكاذبة فجعل المنع مضمونا باليمين من هذا الوجه
طريقا لاحياء الحق بقدر الوسع وهذا لان الخصومة نشأت من منع المال
الا ترى انه لو قال لا امنع انقطعت الخصومة فجعلنا اليمين ضمان المنع الذي
هو اصل الخصومة فاذا لم يحلف ولم يبق له حق المنع اخذه المدعي وليس له مانع

فعلى

فعلى هذا التقدير يسقط جميع كلمات الخصم ثم قول ابي يوسف ومحمد في ان النكول
يقتضي الاقرار ان انكاره بعد النكول غير معتبر فيصير مقرا ضرورة ولهذا لا يعتبر
النكول ممن لا يصح منه البذل نحو المكاتب والعبد الماذون له والصبي الماذون
وجرى في الديون والبذل في الديون لا يصح فعلم انه بدل عن الاقرار و
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان حق المنع مضمون باليمين كما مر ومتى لم يات بالضمان
فقد ابطل حقه في المنع وصار تقديره لا حق لك فيما تدعي لكني لا امنعك من
ذلك لاني لا آتي بما هو ضمانه في الشرع فيكون النكول بذلا فاما لا حاجة
الى جعله مقرا ورفع انكاره لان الخصومة نشأت من المنع حقيقة بدليل ما بينا
ولانا لو انزلناه مقرا فقد كذبناه فيما سبق من الانكار ومتى جعلناه باذلا
امكن ان نجعل منضما الى انكاره بان لا ما تدعيه دفعا للخصومة فلا يثبت
ها هنا شيء زائد وهو تكذيبه وانزاله منكرا فلا حاجة اليه وقولهما لا يصح من
المكاتب والعبد الماذون وغيرهما قلنا هذا بذل لدفع الخصومة
فيملكه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة وان كان لا يملكه بانفراده كالاعارة
اليسيرة وغيرها من الضيافة فيملكها لانها من توابع التجارة واما الدين
فالبذل لا يجري فيه ابتداء اذا كان لا يتعلق به حق احد وها هنا قد تعلق به
حق المدعي وفي زعمه انه ليس ببذل وانما هو ايفاء حق وفي الجملة ان بذل
الدين في الذمة ابتداء لا يصح اما اذا جعل في الشرع عليه الضمان وامتنع
عن ايفاء الضمان ببذل شيء فهذا صح فخرج القضاء بالنكول في الاشياء
الستة وهي النكاح والفيء في الايلاء والرجعة والرق والولاء والنسب
على الاصلين لان النكول بذل عند ابي حنيفة والبذل لا يجري في هذه
الاشياء وعندهما بدل عن الاقرار والقضاء في الاشيا الستة بسائر الابدال
جايز كالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي فكذا بالنكول الذي
هو بدل عن الاقرار ويبتني على هذا القضاء بالنكول في الطرف فعندهما

ص ضمان

لا يقضى به لان النكول بدل عن الاقرار وفيه شبهة والقصاص في الطرف لا يثبت بالشبهة كما في النفس الا انه يجب المال لتعذر استيفاء القصاص لمعنى في جانب من عليه كما لو ادعى على العبد فاقر بالخطاء وعند ابي حنيفة يقضى بالنكول في الطرف لان الطرف تجري في الاطراف لانه يسلك بها مسلك الاموال بخلاف النفس الا ترى ان استيفاءه بالبدل كاستيفائه في حق سقوط القصاص في الضمان حتى اذن رجل لرجل في قطع يده واذا صح بذله كان استيفاؤه بالنكول كالاموال والجواب عن تعلق الخصم بالاية والحديث قلنا الزمنا النكول على كتاب الله تعالى بالاجماع الصحابة وانه جاء عندنا كذا قال خواهر زاده في المبسوط والجواب عن قياس الحبس في النكول عن اليمين في دعوى المال على الحبس في دعوى القصاص اذا نكل المدعى عليه وعلى حبس المراة اذا امتنعت المراة عن اللعان فنقول ان ايفاء حق المدعي بالحبس غير ممكن للقاضي لان الحبس انما يجب من جهة ان اليمين بدل حق المدعي وهو قادر على ايفائه لم يجب الحبس من حيث ان اليمين حق المنكر من حيث انه يدفع دعوى المدعي عن نفسه ولا يحبس الانسان متى امتنع من استيفاء حقه واذا وجب الحبس باحد الوجهين لم يجب باعتبار الاخر ولا يجب الحبس بالشك فاذا لم يجب الحبس صار القاضي عاجزا عن ايفاء حق المدعي في البدل وقدر على ايفاء حقه في الاصل لان النكول في حق المدعي يمنع بدل حقه وانه مطلق للقضاء باصل الحق وفي حق المنكر النكول بدل من جهته او بدل من الاقرار والبدل والاقرار مطلق للقضاء باصل الحق فوجب القضاء باصل الحق بخلاف القصاص لان الشك كما تمكن في الحبس تمكن في القصاص لان القضاء بالقصاص انما جاز من حيث ان النكول يمنع لبذل الحق في حق المدعي لم يجز من حيث انه بذل او بدل عن الاقرار في حق المنكر واذا تمكن الشك في كل واحد منهما ولا بد من القضاء باحدهما حتى لا يبطل حق المدعي اصلا كان ايجاب الحبس وانه اخف العقوبتين مع الشك اولى من ايجاب القصاص وحد الزنا

قوله

قوله والترفع عن الصادقة اي عن اليمين الصادقة فقد روي عن عثمان رضي الله عنه انه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقها قضاء فيقال عثمان حلف كاذبا كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه **قوله** فترجح هذا الجانب اي ترجح جانب كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا او نحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين الحق وجبت عليه فلولا ان اليمين بذلت او اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة فقد يكون بذلا ولا يجوز ان يكون الامتناع عن اليمين للتروي لاشتباه الحال اذ لو كان كذلك لاستمهل من القاضي لينكشف الحال **قوله** ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا اشارة الى قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر بيانه ان النبي عليه السلام جعل جنس اليمين على المنكرين لعدم العهد فمن قال بردها على المدعي كان ذلك منه رد الحكم الحديث وهو فاسد **قوله** قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول **اعلم** ان التكرار في النكول ليس بشرط على ما ذكره في الاصل بل اذا قضى بالنكول مرة جاز وانما ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي وذكر الخصاف ان الاستحقاق يتعلق بالنكول ثلاث مرات فان امتنع ثلاثا قضى عليه بالنكول **ثم** قال القدوري فيه فان كان المذهب على اطلاق الاصل فالوجه فيه ان النكول قائم مقام البذل فلا يعتبر فيه التكرار كما لا يعتبر في الهبة وعلى قولهما هو قائم مقام الاقرار في الاموال لا يعتبر فيه التكرار وان كان المذهب ما حكاه الخصاف فوجهه ان النكول

اضعف من البينة لانه ليس بصريح بذل الخاني (?) يتقوى بالتكرار ولان الناكل
قد ينكل وهو لا يعلم ما يلزمه بالنكول فوجب ان يكرر القاضي عرض اليمين
قطعا فقالوا ان القاضي يقول له في كل مرة ان لم تحلف قضيت عليك لانه
لا يعلم ما يلزمه بالنكول فوجب ان يعرفه حتى يحلف او ينكل وهو يعلم
حكم النكول فاذا حصل النكول لم يتعلق الاستحقاق الا بقضاء ينضم اليه
لانه مختلف في تعلق الحكم به فاعتبر حكم الحاكم ليزول الخلاف قوله اذ هو
موضع الخفاء اي الحكم بالنكول موضع الخفاء لانه مجتهد فيه قوله لما
قدمنا اشارة الى ما ذكر ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا قوله هو الصحيح
احترازا عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار قوله والاول اولى ما ذكره
الخصاف اولى كما في المرتد انه يمهل ثلاثة ايام هو اولى فان قيل انها حالة
قوله من خيره اي نظر ... الصحيح اعلم ان الروايات اختلفت فيما اذا سكت
المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا اذا
سكت سال القاضي عنه هل به خرس او طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه
ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في شرح الاقطع الخرس
آفة باللسان تمنع الكلام اصلا والطرش بفتحتين ... من باب علم
اي صار اطرش وهو الاصم قوله قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف
المنكر عند ابي حنيفة ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء
والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد
يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان اي قال القدوري في مختصره الا انه لم يذكر
اللعان وقد ذكره محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال الامام علاء الدين
العالم في طريقة الخلاف الاستحلاف لا يجري في الاشياء الثلاثة وهي النكاح و
يندرج تحته الرجعة والفيء في الايلاء لانهما فرعا النكاح في الحقيقة والرق
يندرج تحته الولاء لانه من احكام الرق والنسب ويندرج تحته امومية الولد
لانها

لانها من آثار النسب وقال ابو يوسف ومحمد ... وقال القدوري في كتاب التقريب
واتفقوا على انه لا يستحلف في الحدود وقال الفقيه ابو الرضا (?) في شرح كتاب
الاستحلاف قال ابو حنيفة اذا تعلق بهذه الاشياء استحقاق مال استحلف
القاضي في المال والنكول لا يستحلف على انه اذا ادعى النكاح والمهر والدخل
اذا ادعى النسب والنفقة وكذلك ان المال ... هذه الاسباب صح وله
ويجوز ان ثبوته منفردا عنها فجاز الاستحلاف فيه وان لم يستحلف في سببه
صورة المسائل اذا ادعى رجل على امراة نكاحا او هي عليه فانكر الاخر او ادعى المراة
عليه بعد انقضاء العدة او هو عليها انه راجعها في العدة وانكر الاخر او ادعت
المراة عليه او هو عليها بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكر
الاخر او ادعى على مجهول انه عبده او على العكس وانكر الاخر او ادعى عليه انه
معتقه وهو مولاه او على العكس وانكر الاخر وكذلك في ولاء الموالاة لان الولاء
يشملهما او ادعى على مجهول انه ولده او على العكس وانكر الاخر او ادعت الجارية
انها ولدت منه هذا الولد ... وانكر المولى وصورة دعوى
الاستيلاد تاتي من جانب الجارية لان المولى اذا ادعى ذلك يثبت ... بلا
انكاره ... الخلاف في هذه المسائل مبني على ان النكول بذل او اقرار فعند
ابي حنيفة هو في معنى البذل ولا يجري البذل في هذه الاشياء وعندهما هو
بدل عن الاقرار ويثبت هذه الاشياء بما بدل الاقرار ... فقلنا بالنكول
الذي هو بدل عن الاقرار وقد قيل هذا قالا ان النكول يصح ممن لا يصح منه البذل
وهو الوكيل والماذون والمكاتب وقد دل على انه ليس ببذل ولان البذل لا يجبر
عليه الانسان فلما كان الحاكم يجبر الناكل على المال دل انه ليس ببذل قال
القدوري في كتاب التقريب وهذا ليس بصحيح لانا لم نقل انه بذل وانما قلنا
انه في معناه وقد ... البذل لا يصح من الوكيل والعبد على قول ابي حنيفة فيمن
باع ما يساوي عشرة بخمسة فكذلك ما هو في معنى البذل وقد يجبر الحاكم على ...

وقال ابو حنيفة ان للمدعا عليه مبراة ذمته بحجة بين اليمين لان يسقط عن
نفسه الدعوى وبين ان ينكل فيستحق عليه المال الحال على الواجب لما خير بين
الهبة وتركها من غير عوض ومتى خير بين تسليم المال واسقاطه فاختار التسليم
فهو باذل كالواهب وليس كذلك المقر فانه غير مخير في الاقرار ولان الدين
ان كان ثابتا وجب عليه ان يقر فلما كان النكول بذلا والاموال قابلة للبذل استحلف
فيها بخلاف هذه الاشياء فانها ليست بقابلة له فلا يستحلف فيها والدليل على ان
من ادعى على اخر مالا فلا يستحلف فيها والدليل عليه ان من ادعى على اخر مالا في
مجلس القاضي فقال المدعا عليه ليس له على ذلك ولكني اترك ما ادعى حتى تخلص
نفسي من خصومته فان القاضي يمكنه من ذلك ولو ادعى على امراة نكاحا او شياء
من هذه الاشيا فقالت المراة ليس بيننا نكاح ولكني اسلم نفسي حتى اتخلص
من خصومته فان القاضي يمنع عن ذلك فثبت ان البذل لا تجري في هذه الاشيا
يوضحه ان المستوفي للوطء مع البذل كالمستوفي له من غير البذل فيما يتعلق به من
الحكم وهو الحد فلما لم يصح بذلها قلنا استحلفناه فنكل لم يلزمه شي فسقط اليمين عنه
بفعله من غير عوض وما انكر المدعا عليه اسقاط عن نفسه بفعله لم يكن حقا للمدعي
لعدم الفايدة فيه فلهذا لا يستحلف وقد ذكرنا هنا ما مر في باب خيار العيب
الاعتراض على اصولهم بكون النكول بذلا عند ابي حنيفة واقرارا عندهما
منقولا عن الاجناس فان قلت يرد على قولكم لا يستحلف عند ابي
حنيفة في الرجعة ما ذكر في كتاب الطلاق ان الرجل اذا طلق امراته
طلاقا رجعيا ثم قال لها راجعتك فانك اخبرتيني انك طعنت
في الحيضة الثالثة وقالت المراة انقضت عدتي وما اخبرتك بشي فانها تحلف
فاذا نكلت يقضي عليها بالنكول وهذا قضاء بالنكول في باب الرجعة قلت
قال الامام علاء الدين العالم في طريقته ذاك ليس بقضاء بالنكول لان حق الرجعة
كانت ثابتة وانها باقية ببقاء العدة ظاهرا فالمراة تدعي بطلان الرجعة الواقعة

حقيقة

حقيقة بانقضاء العدة وكانت منكرة صحة المراجعة بغير فالعدة في
حق التحليف لا نعدم فتستحلف فاذا نكلت لم يثبت انقضاء العدة فص
فصحت الرجعة بناء على بقاء العدة لا بالنكول اما في مسلتنا فالمراة
منقضية العدة فلو ثبتت الرجعة ثبتت بالنكول فظهر الفرق قال
قال في مختصر الاسرار لا يستحلف في شي من الحدود خلافا للشافعي في حد
القذف لنا انه حد من الحدود فلا يستحلف فيه كحد الشرب والسرقة
وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد قالوا انه يستحلف في
التعزير لانه يختص بالاموال ولذلك يصح فيه العفو والابراء قوله
على ما قدمناه اشارة الى قوله لولا ذلك لما قدم عليه قوله او بدلا عنه نفح
الدال خلفا عن الاقرار يعني انه قايم مقام الاقرار قوله واللعان في نفي الحد وذلك
لانه قايم مقام حد القذف في حق الزوج حتى ان كل قذف يوجب حد القذف على
الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقايم مقام
حد الزنا في حق المراة وقد مر ذلك في اللعان قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة
فيملكه المكاتب والعبد الماذون جواب سوال مقدر بان يقال لو كان النكول
بذلا لم يجز القضاء بالنكول من المكاتب والعبد الماذون لانهما لا يملكان البذل
فقال انما ملكاه باعتبار انه دفع الخصومة في حق المدعي وان كانا لا يملكانه
بانفراده كالضيافة اليسيرة منهما لانها من توابع التجارة وقد مر بيان ذلك
عند قوله اذا نكل المدعا عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول قوله وصحته
في الدين بناء على زعم المدعي الى اخره جواب سوال مقدر بان يقال لو كان
النكول بذلا لم يصح القضاء بالنكول في الدين لان البذل لا يتحقق فيه لان
الدين وصف ثابت في الذمة فقال انما صح فيه بناء على زعم المدعي لانه ايفاء لحقه
حقه فصح في الدين والمشاع لمعنى ايفاء الحق وتحقيقه ان البذل ترك
المنع فيما ادعاه المدعي يجري فيما يستباح بالاباحة كالاموال ولا يجري

فيما لا يستباح بالاباحة فصح تولد المنع في المال لان امره هين اذ يسهل خلق
في الاصل ابا ما متبذلا لمصالح الناس ولم يصح في الاشياء الستة لان امرها
ليس بهين **قوله** ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع وهذه من
مسائل الجامع الصغير وكتاب القضاء وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه قال في الامير يجيء رجلا ادعى على رجل سرقة استحلفه
فان ابى ان يحلف ضمنته السرقة قال الفقيه في كتاب الاستحلاف قال
ابو حنيفة رضي الله عنه لا يستحلف في شيء من الحدود لا في الزنا ولا في السرقة
ولا في القذف ولا شرب الخمر ولا السكر الا انه ان طالب المسروق منه بضمان المال
استحلفه فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لان الدعوى
تضمن امرين الضمان والقطع والضمان يستوفى بالنكول فوجب اثبات احدهما و
اسقاط الاخر واصل ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير الاستحلاف يشرع للنكول
والنكول اما بدل او اقرار فيه شبهة وكل ذلك لا يصلح حجة في الحدود ولان الاستحلاف
لاستخراج الحقوق على وجه المبالغة والحدود **يحتال** لدرئها فلا يتكلف
لاستخراجها فلا يشرع اليمين فيها الا في السرقة لان المقصود هو المال فيستحلف
فيها ويقضى بالمال عند النكول كما يقضى بها بشهادة رجل وامرأتين في المال دون القطع
قوله ولان المنوط بفعله شيئان اي لان المتعلق بفعل السارق شيئان ضمان
المال وقطع اليد **اما** الضمان فيثبت بالنكول لانه يجري فيه البذل
ويثبت بما فيه شبهة **واما** القطع فلا يثبت بالنكول لانه لا تجري البذل في
الحد ولا يثبت بما فيه شبهة الاقرار فصار كما اذا شهد بالسرقة رجل وامرأتان حيث
يثبت المال ولا يثبت القطع **قوله** واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول
استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا وهذه من مسائل الجامع
الصغير ذكرها في كتاب القضاء وذلك لان المقصود من هذه الدعوى هو
المال وهو نصف المهر لا الزوج والاستحلاف تجري في المال قال صاحب الهداية وكذا
في النكاح

في النكاح اذا ادعت هي الصداق يعني اذا كان مع النكاح دعوى المال يجري الاستحلاف
بالاتفاق لان المقصود هو المال ثم بالنكول يثبت المال ولا يثبت النكاح
لان البذل يجري في المال دون الثاني **قوله** وكذا في النسب اذا ادعى حقا
كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة يعني اذا ادعى في النسب حقا
اخر سوى النسب كالمسائل المذكورة يستحلف بالاتفاق وان كان لا يستحلف عند ابي
حنيفة في دعوى النسب المجرد **صورة دعوى** الارث اذا ادعى على امرأة
انه اخوه مات ابوهما وترك ميراثا لها في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاتفاق فان
حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب **وصورة** دعوى الحجر في اللقيط ادعت
امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقطه انه اخوها وانها اولى
بحضانتها فانه يستحلف فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب
وصورة دعوى النفقة ادعى زمن على موسر انه اخوه ان نفقته عليه فانكر
الاخوة يستحلف فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة دون النسب
وصورة امتناع الرجوع في الهبة ما اذا اراد الواهب الرجوع في الهبة
فقال الموهوب له انا اخوك فانكر الواهب فانه يستحلف فان نكل ثبت الامتناع
ولم يثبت الاخوة **قوله** وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت
باقراره يعني يثبت الاستحلاف عند ابي يوسف في النسب المجرد بدون دعوى
حق اخر ولكن بشرط ان يثبت النسب باقرار المقر **اما** اذا كان بحيث لا يثبت
النسب باقرار المقر فلا تجري الاستحلاف في النسب المجرد عندهما
ايضا بيانه ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى
لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ولا يصح اقراره بما سواهم ويصح
اقرار المرأة باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد من سوى هؤلاء
لان فيه تحميل النسب على الغير الا اذا صدق الزوج في اقرارها بالولد او شهد
بولادة الولد قابلة قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه

في باب الاستحلاف في الادعاء الاصل في هذا الباب ان المدعا قبله النسب اذا
انكر هل يستحلف ان كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف
عندهم جميعا لان اليمين لا يفيد فان فايدة اليمين النكول حتى تجعل النكول بدلا
او اقرارا فيقضى عليه فان كان لا يقضى عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا
وان كان المدعا قبله بحيث لو اقر به لزمه ما اقر به فاذا انكر هل يستحلف على ذلك
فالمسالة على الاختلاف عند ابي حنيفة لا يستحلف وعند ابي يوسف ومحمد يستحلف
فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل
تخرج مسايل الباب الى هنا لفظ خواهر زاده وقال ايضا ثم جميع ما ذكرنا
انه لا يمين في النسب اذا وقع الدعوى في مجرد النسب فاما اذا وقع في النسب
الميراث والنفقة وانكر المدعا قبله فانه يستحلف عند ابي حنيفة للمال
لا للنسب يستحلف بالله ما له في ذلك المال الذي يدعيه حق وعندهما
يستحلف للنسب والمال جميعا وهذا لان الدعوى وقع في النسب والمال جميعا ف
المال مما تجري فيه الاستحلاف عندهم جميعا فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للنسب
عند ابي حنيفة وكان الجواب فيه عند ابي حنيفة كالجواب في السرقة عند الكل
اذا انكر السارق فانه يستحلف للمال بالله ما له قبلك ضمان هذا المال وان كان لا يستحلف
للقطع لان الدعوى وقع في الحد والمال جميعا فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف
للقطع فلذلك هذا **قوله** ولابن في حق المراة كما اذا ادعت انه ابوها وقد مر البيان
قوله لان في دعواها الابن اي في ادعائها الابن تحميل اقرارها به **قوله**
والمولى اي السيد **قوله** في حقهما اي في حق الرجل والمراة وهو متعلق بقوله في
المولى والزوج جميعا لان اقرار الرجل والمراة جميعا بالمولى والزوج يصح **قوله**
قال وان ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما
دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يلزمه الارش فيهما اي قال القدوري في

مختصره

مختصره وهي مسئلة الجامع الصغير في كتاب القضا وهذا في دعوى القتل على واحد
من غير اهل المحلة وفيه يكتفي باليمين الواحدة ولا يجب شي اخر بعد ذلك
فاما اذا كان دعوى القتل على اهل المحلة او على بعضهم ففيه القسامة
والدية جميعا وسيجيء في باب القسامة من كتاب الديات تمام البيان ان شاء
الله تعالى **اعلم** انه اذا ادعى القصاص في النفس او في الاطراف تحلف بالاتفاق
فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه في الطرف ولا يقضى بشي في النفس
ولكن يحبس حتى يقر او يحلف او يموت جوعا وعندهما يقضى بالمال
في النفس والطرف جميعا وهذا الاختلاف فرع على اختلافهم في معنى النكول
فعند ابي حنيفة هو في معنى البذل وعندهما في معنى اقرار فيه شبهة لانه
لم يصرح بالاقرار فكان النكول اقرارا فيه شبهة والقصاص عقوبة والعقو
بات لا يثبت بما فيه شبهة ولهذا لا يثبت القصاص بالنكول في النفس بالاتفاق
ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا بشهادة رجل وامراتين ولا بكتاب القاضي
الى القاضي واذا تعذر استيفا القصاص وجب المصير الى المال لان القتل
العمد موجب للقصاص عند الامكان وللمال عند التعذر وههنا وقع التعذر في
المال ومتى كان التعذر من جهة المدعي لا يصار الى المال الا ترى انه اذا ادعى
العمد واقر بالخطا يصار الى المال لان التعذر جا من قبل المدعا عليه
وههنا التعذر جا من قبل المدعا عليه حيث لم يقر بالقصاص واذا اتى بشهادة
رجل وامراتين في دعوى العمد فالتعذر جا من قبل المدعي حيث لم يات بحجة
صالحة لاستيفا القصاص فلا يصار الى المال وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه
ان النكول في معنى البذل حتى لا يلزم تكذيب المسلم في انكاره سابقا
باقراره ثانيا وقد مر بيان ذلك عند قوله واذا نكل المدعا عليه عن اليمين
قضى عليه بالنكول **ثم نقول** لا تخلو اما ان تجعل النكول ايفا الحق
في حق المدعي او بذلا في حق المدعى عليه فان كان ايفاء فالطرف

محل قابل للإيفاء وإن كان بدلاً فالطرف محل قابل للبذل لأن الأطراف
خلقت وقاية وصيانة للنفوس ليعود نفعها إلى النفس كالأموال
فجاز بذلها ألا ترى أنه إذا كانت في يده أكلة يباح له قطعها لصيانة النفس ودفع
الهلاك عنها وكذا يجوز قلع السن للوجع لهذا المعنى وبذل الطرف دفع الهلاك
عن نفسه ودفع العار والشنار عنها لأن اليمين الكاذبة سبب لهلاك
النفس في الدنيا والآخرة بخلاف النفس فإنها وإن كانت قابلة للإيفاء غير قابلة
للبذل إلا أن البذل في الطرف إنما صار مشروعا صيانة للنفس وليس في بذل
النفس صيانة النفس فلا يكون بذلها مشروعا وإذا تعذر استيفاء القصاص لا
يصار إلى المال بل يحبس حتى يحلف أو يقر لأن اليمين أصل حقه لأن حقه
لا يستوفى منه المال وهو الدية لتوهم الإقرار بالقصاص فتعذر استيفاء الدية
من هذا الوجه وتعذر أيضا من وجه آخر وهو أنا لو قضينا بالدية يكون هذا
قضاء على غير ما وقع عليه الدعوى لأنه ادعى القصاص ولم يدع المال والقصاص
عندنا موجب العمد عينا وإنما المال يصير موجبا له عند الضرورة فلو قلنا با
باستيفاء المال يكون ذلك قضاء على خلاف موجب العمد وغير ما وقع عليه الدعوى
فإن قيل المال موجب العمد عند تعذر القصاص كما في الخطأ قلنا صيرورة
المال موجب العمد أنه لا يدعي المال خلاف الحقيقة عرفناه نصا بخلاف
القياس في قتل الخطأ لأن القياس ثمة أن يستوفي القصاص لأن الخطأ إنما يصلح
عذرا في حقوق الله تعالى لا في حقوق العباد غير أن الله تعالى عفا عنه لعذر فيه
وجعل موجب القتل المال فيجب النظر بأي طريق صار المال موجبا للقتل فنقول
هناك المال صار موجبا للقتل باعتبار أن التعذر جاء من قبل القاتل مع سلامة
النفس يصار إلى الدية وإذا مات القاتل فالتعذر ما جاء من قبل القاتل وإنما
جاء من جانب المحل فلا يصار إلى المال وإذا ادعى العمد وأقر بالخطأ يصار إلى المال
لأن التعذر جاء من قبل القاتل مع سلامة النفس وإذا ادعى الخطأ وأقر بالعمد لا
يصار

يصار إلى المال لأن التعذر جاء من قبل المدعي وههنا التعذر جاء من قبل المدعي
لأنه لم يأت بحجة صالحة للاستحقاق لأن مجرد الدعوى والدعوى لا
يصلح سببا للاستحقاق فيما خلق معصوما في الأصل بخلاف الأموال كذا ذكر
البرهان الأجل صاحب المحيط عبد العزيز ابن عمر ابن سهل البخاري المعروف
بمازه في طريقته المسماة بالطريقة البرهانية **قوله** خصوصا إذا كان امتناع
القصاص لمعنى من جهة من عليه يعني إذا امتنع القصاص من جهة من له
القصاص كما إذا أتى بشهادة رجل وامرأتين في دعوى العمد لا يثبت القصاص
ولا يجب المال أصلا فلأن لا يثبت القصاص فيما إذا امتنع من جهة من عليه
مع سلامة النفس عن وجوب اليمين أولى لأن القصاص والدية لا يجتمعان
وهو معنى قوله خصوصا وقد مر البيان الشافي قبل هذا **قوله** إلا أنه لا
يباح لعدم الفائدة يعني إذا قطع يد من قال اقطع يدي لا يجب الضمان
ولكن لا يباح القطع لعدم الفائدة كما إذا قال لغيره حرق ثوبي أو أتلف مالي
لا يباح له لعدم الفائدة حتى إذا كان في القطع فائدة يباح كما في قطع اليد
للأكلة وقلع السن لدفع الوجع وهذا بخلاف النفس فإنه لا يباح قتلها إذا قال
اقتلني حتى إذا قتله لا ينتفي الضمان بل يجب القصاص في رواية عن أصحابنا
وهو قول زفر وتجب الدية في ماله في رواية وقد عرف في المختلف **قوله**
كقطع اليد للأكلة والأكلة قرحة غائرة في البدن كثيرة العفن وسببها
دم فاسد عفن يستحيل إلى السوداء وأول علاجها استفراغ الخلط
السوداوي وقطع الباقي يعلم في كتب الطب **قوله** يحبس أي
بالحق المستحق كما في القسامة فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا
أو يحلفوا **قوله** قال وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه
كفيلا بنفسك ثلاثة أيام أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فإن فعل
وإلا أمر بملازمته إلا أن يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس

القاضي الى هذا لفظ القدوري رحمه الله ثم اخذ الكفيل اختلف السلف فيه
روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز وروي عن ابراهيم النخعي انه يجوز اخذ
الكفيل وهذا هو الاستحسان اخذ به علماؤنا رضي الله عنهم والقياس
ان لا يجوز كذا ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح ادب القاضي
في باب اخذ الكفيل وجه القياس ان مجرد الدعوى ليس بسبب الاستحقاق
الا ترى الى ما روي في شرح الاثار عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال واموالهم
ولكن اليمين على المدعى عليه كيف وقد عارضه المدعا عليه بالانكار
واذا صار الدعوى معارضا بالانكار لم يثبت حجة لاستحقاق شي واذا
لم يثبت لا تجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ان في اخذ
الكفيل نظرا للمدعي فان المدعي ربما اخفى بينته وربما اخفى المدعى عليه
شخصه فلا يقدر المدعي على اثبات حقه بالبينة فيكون في ذلك ضرر بالمدعي
ولو قلنا بانه يصار الى التكفيل يحصل به النظر للمدعي ولا يكون فيه كثير ضرر
على المدعي عليه فقلنا بانه يصار الى التكفيل الا ترى ان القاضي بمجرد الدعوى
يعدي على الخصم ويمنعه عن اشغاله وان كان دعواه يحتمل الا انه لا يمكنه
الانصاف والنظر للخصمين الا بهذا الطريق فكذلك يجوز له ان ياخذ كفيلا ايضا
نظرا للمدعي بمجرد دعواه وان لم يثبت بمجرد الدعوى شي قال في الفتاوي
الصغرى في كتاب القاضي ادعى على اخر وقال لي بينة حاضرة في المصر
فطلب من القاضي ان ياخذ من المدعا عليه كفيلا ياخذ الى ثلاثة ايام
او الى المجلس الثاني وهذا اذا كان المدعى عليه غير معروف فان كان معروفا
فكذا في ظاهر الرواية وروي عن محمد انه لا ياخذ وكذا في ظاهر الرواية
انه ياخذ كفيلا وان كان المال حقيرا وعن محمد انه اذا كان المال حقيرا
لا ياخذ الكفيل وهذا اذا كان المدعا عليه من المصر اما اذا كان
غريبا

غريبا لا ياخذ منه كفيلا وهذا اذا كان المدعي يقول لي بينة حاضرة
في المصر اما اذا قال لي بينة غائبة لا ياخذ ثم تاقيت الكفالة
الى ثلاثة ايام او نحوها ليس لاجل ان يبرا الكفيل عن الكفالة بعد ذلك
الوقت بان الكفيل الى شهر لا يبرا بعد مضي شهر لكن التكفيل الى شهر
لتوسعة الامر على الكفيل حتى لا يطالب الكفيل الا بعد مضي شهر لكن
لو عجل الكفيل صح وتنقل في الفتاوى الصغرى في كتاب الكفالة عن النوازل
قال الفقيه ابو جعفر فيمن كفل بنفس رجل الى ثلاثة ايام فمضت الايام الثلثة
لا يبرا من الكفالة وانما الثلثة الايام اجل لتاخير المطالبة الى الايام وعن
ابي بكر الاسكاف انه قال كنت عند الحاكم عبد الحميد فاراد ان يطالب رجلا
بكفالة نفس من كفل الى ثلاثة ايام فقلت له لا يلزم المطالبة الا بعد ثلثة
ايام فاذا مضت ثلثة ايام فلت المطالبة نفسه ابدا الا لم يسلم اليه وقلت له
لو باع عبدا الى ثلثة ايام فالثمن لا يلزمه الا بعد ثلثة ايام فكذلك هنا
فقال عبد الحميد كنت لم اعلم بذلك والحاصل في المسئلة ما قال شمس الائمة
السرخسي في شرح ادب القاضي في باب اخذ الكفيل قال ابو حنيفة و
اصحابنا جميعا اذا تقدم الرجل الى القاضي ومعه رجل يدعي عليه حقا وسال
ان ياخذ منه كفيلا ثلاثة ايام قال لي بينة حاضرة في المصر فان القاضي ياخذ له
منه كفيلا الى ثلاثة [illegible] في ظاهر الرواية وروي عن ابي
يوسف انه ياخذ كفيلا الى المجلس الثاني ان كان القاضي لا يجلس على
الدوام ومتى ادعى في هذا المجلس لا يمكنه احضار البينة واثبات حقه بل انما
يمكنه في المجلس الثاني فياخذ منه كفيلا الى المجلس الثاني حتى يجلس القاضي بنفسه
فيقيم البينة عليه وان كان القاضي يجلس في كل يوم اخذ منه كفيلا الى اليوم
الثاني او ياخذ كفيلا الى ثلاثة ايام ثم في ظاهر الرواية يجبر المطلوب
على اعطاء الكفيل اذا طالب المدعي بذلك سواء كان المدعى عليه معروفا او لم يكن

معروفا والمدعا بحطيطا او حقيرا او روي عن محمد انه قال اذا كان الرجل معروفا
والطالب من جيرانه لا يخفى شخصه بذلك القدر من المال فانه لا يجبر على اعطاء
الكفيل ولكن ان اعطى بنفسه كفيلا اختيارا او يوجد منه وان لم يعط لا يجبره
القاضي على ذلك وكذا اذا كان المال حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر من
المال تخفيفا تكلموا ان المعطي الكفيل من غير جبر بقيل والا فلا وفي ظاهر الرواية
لم يفصل بينهما لان اعطاء الكفيل لما كان مستحقا عليه لا يقع الفرق بينهما اذا
كان مغرورا وكان المال خطيرا او حقيرا كاليمين واما اذا كان المطلوب غريبا
لا يجبر على اعطاء الكفيل ولكن ان اعطى كفيلا بنفسه مختارا ايمهله ذلك منه
وان لم يعط لا يجبر على ذلك ورد ذلك لان الكفيل يمنعه من السفر والذهاب الى
منزله فيؤدي الى الحاق الضرر به فقلنا بانه لا يجبر وان كان المدعي يتضرر
بذلك لان ضرر المسافر حقيقة وضرر المدعي موهوم ربما يكون صادقا
في الدعوى او كاذبا والموهوم لا يعارض المتحقق ثم المسافر لا يجبر على اعطاء
الكفيل ولم يمهله القاضي الى اخر المجلس لانه بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة ويحصل
النظر للمدعي فاما ان المسافر على باب القاضي يوما او اكثر ليحضر المدعي بينته
ضرر على المطلوب فلا يجوز المصير اليه نفيا للضرر فاذا جاء وان قيام القاضي
عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فان القاضي يحلفه ويخلي سبيل المطلوب يذهب حيث
شاء فان ادعى الطالب ان المطلوب [illegible] لا يريد
السفر تكلموا فيه باقوال قال بعضهم القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل
فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل
وهذا لان الظاهر يشهد للطالب لانهما في المصر والموضع موضع الاقامة لا موضع
السفر فالمطلوب بقوله انا مسافر يريد اسقاط الحق عن نفسه فلا يسمع منه
وقال بعضهم القاضي يبعث امينا الى من يريد المسافر فان اخبره مع فلان فالقاضي
يبعث الى الرفقة امينا يسألهم عما يريد يسافر فلانا هل استعد للخروج معكم فان
من

تكلم انه

من اراد السفر لا بد من ان يكون مستعدا لذلك الامر والتعلق لو اراد الخروج
لا عند المدعي ذاك قالوا نعم قد استعد لكن لك النصف قولهم الى قوله فيقبل ذلك منه
فيمهله الى اخر المجلس فان احضر المدعي بينته في هذه المدة والا خلي سبيل المطلوب
وان لم يعلموا من حاله فنحن نعلم انه يبقى ثلاثة ايام لاجل الاستعداد فقلنا بانه يجبر
على اعطاء الكفيل ثلاثة ايام لا يمكنه الخروج الا بالاستعداد وذلك لا يتهيأ له
الا بمدة فقلنا بانه يطالب باعطاء الكفيل ونظير هذا العسر اذا ادعى الطالب
انه معسر وان القاضي يحكم بزيه في الزي اذا كان المرء من العلماء او من العلوية لانهم
يتجملون في لباسهم مع فقرهم واما في حق غيرهم يحكم الزي ان كان عليه زي
الفقراء كان القول قوله وان كان عليه زي الاغنياء لا يكون القول قوله وتحكيم
الثياب والزي جائز قال الله تعالى ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من
الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فدل ان تحكيم
العلامة جائز ولو ادعى الطالب قبل المطلوب حدا في قذف واقام شاهدا وقال لي
بينة حاضرة وطلب كفيلا من المطلوب فانه يجبر على اعطاء الكفيل عند ابي يوسف
ومحمد وعلى قول ابي حنيفة لا يجبر وان اعطى كفيلا جاز وفي الحدود الواجبة
حقا لله تعالى خالصا كحد الزنا وشرب الخمر لا يطالب بالكفيل بالاتفاق
وقد مر ذلك في كتاب الكفالة **قوله** وقد مر من قبل اي في اول كتاب الكفالة
وعند الشافعي لا تجوز الكفالة بالنفس **قوله** واخذ الكفيل بمجرد
الدعوى استحسان قال في الفتاوى الصغرى ذكر في باب القدوري
من ادب القاضي انه لا يعدى بمجرد الدعوى ثم قال قالوا هذا اذا كان
الموضع بعيدا من المصر **اما** اذا كان قريبا يعديه بمجرد الدعوى ولو كان في
المصر الفاصل بينهما اذا كان بحال لو ابتكر من اهله امكنه ان يحضر مجلس
القاضي ويجيب خصمه ويبيت في منزله فهو قريب والا فهو بعيد ثم اذا
كان بعيدا ماذا يصنع القاضي قال بعضهم يامر المدعي باقامة البينة على

موافقة دعواه لا لاجل القضاء بل لاحضار خصمه والمشهور في هذا يكفي
فاذا اقام يامر انسانا ليحضر خصمه ومنهم من قال يستحلف القاضي فان نكل
اقام على مجلسه وان حلف يامر انسانا ليحضر خصمه **قوله** يعدي عليه
اي يعان على المدعى عليه بالاشخاص منه قول **الشاعر** ونستعدي
الامير اذا ظلمنا فمن يعدي اذا ظلم الامير **قوله** وهو الصحيح احتراز
عما روي عن ابي يوسف انه يحضر الكفيل الى المجلس الثاني قال في شرح الاقطع
هذا ليس اختلافا في الحقيقة لان ابا حنيفة اجابه على ما شهد من
عادة القضاة وجلوس الحكام يوما ويوما لان المجلس الثاني يكون في اليوم
الثالث **قوله** في الظاهر اي في ظاهر الرواية **قوله** بين الخامل يقال
خمل الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر **قوله** غيب بفتحتين مخففة الياء او
بضم الغين مشددة الياء فالاستثناء متصرف الى ما الى الاستثناء المذكور
في مختصر القدوري في قوله الا ان يكون غريبا عند قوله فان فعل والا امر
بملازمته الا ان يكون غريبا متصرف الى التكفيل والملازمة جميعا يعني الغريب
لا يوخذ منه الكفيل والا يلازم وقد مر بيانه ويعني قوله فان فعل اي ان اعطى
المدعى عليه كفيلا يقبل منه وان لم يعط يلازمه المدعي **قوله** وكيفية الملازمة
يذكرها في كتاب الحجر قال في الفتاوى الصغرى في مسائل العدوى المدعي اذا
طلب من القاضي ان ياخذ من المدعى عليه كفيلا او ابى المدعى عليه اعطاء الكفيل
فالقاضي يامر المدعي بملازمته **ثم** قال وتفسير الملازمة ان يدور معه
حيث دار او يبعث امينا حتى يدور معه اينما دار لكن لا يجلسه في موضع لان
ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله من التصرف بل يتصرف
والمدعي يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان المطلوب لا يمنعه من
الدخول على اهله بل يدخل المطلوب على اهله والطالب الملازم يجلس على باب
داره **ثم** قال ورايت في الزيادات في الباب الخامس والاربعين
ان المطلوب

شاهده

ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فاما ان ياذن المدعي بالدخول معه او
يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى يدخل الدار ربما يهرب
من جانب اخر فيفوت حقه من المطلوب والمقصود من الملازمة

فصل

في كيفية اليمين والاستحلاف لما ذكر نفس اليمين في اي موضع يكون وعلى من يتوجه
لا يكون شرع في بيان كيفيتها لان الصفة تتبع الموصوف وكيفية الشيء
صفة له **قوله** قال واليمين بالله تعالى دون غيره اي قال القدوري
في مختصره وذلك لما روى مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب
وهو يحلف بابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا
بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت وفي رواية السنن او ليسكت
وقد مر بيان حقيقة اليمين في كتاب الايمان **قوله** ويؤكد بذكر اوصافه
هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهو التغليظ اي التاكيد بذكر
صفات الله تعالى في اليمين هو التغليظ فيها **اعلم** ان القاضي اذا اكتفى
بذكر اسم الله تعالى في اليمين جاز لان معنى القسم الذي يعني حرمته قد وجد
اذا غلظ اليمين على الحالف زجرا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة جاز قال
شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي والقضاة يختلفون في كل واحد يختار
لنفسه شيئا ولكن ينبغي ان يذكر بلا واو حتى لا يتكرر عليه الايمان فانه متى حلفه بالله
الرحمن الرحيم يكون يمينا واحدة فاذا حلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلثة
ايمان والمستحق عليه يمين واحدة فيراعي القاضي هذا **ثم** صفة التغليظات
يقول قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب
الغالب المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية الكبير
المتعالي ما لفلان بن فلان هذا عليك ولا عندك ولا قبلك هذا المال
الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وذكر النعوت لله تعالى دون

الا فتقاد على اسمه عز وجل للتاكيد والتعظيم لانه اذا افخم اليمين وعظم شانها
لم يجترئ عليها الانسان والا فلو اقتصر على قوله والله كان جايزا كذا ذكر ابو
بكر الرازي في شرح ادب القاضي وقال بعضهم يعتبر القاضي في هذا حال المستحلف ان
عرفه بالصلاح اكتفى بذكر اسم الله تعالى وان عرفه على ذلك الوصف غلظ
اليمين وقال بعضهم يعتبر المدعى عليه ان كان المال عظيما غلظ اليمين عليه لانه
ربما يتبالى من ذكر اسم الله وان كان حقيرا اكتفى بذكر اسم الله تعالى وانما ذكر
في الحلف قوله ولا شيء منه لجواز انه ادعى البعض **قوله** قال ولا يستحلف
بالطلاق ولا بالعتاق اي قال القدوري في مختصره وقال في كتاب ادب
القاضي من الاصل لا يحلف بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالحج وذلك لما روينا من
حديث ابن عمر رضي الله عنهما وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام
من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر ولان القسم يقتضي تعظيم المقسم
به وهذا النوع من التعظيم لا يستحقه الا الله تعالى قال في الفتاوى الصغرى
التحليف بالطلاق والعتاق لم يجوزه اكثر مشايخنا واجازه البعض وبه افتى
الامام ابو علي ابن الفضل بسمرقند ونقل انه لا يجوز وان مست الضرورة يجوز فاذا
بالغ المستفتي في الفتوى يفتي ان الراي الى القاضي اتباعا لهولاء السلف وقال
في خلاصة الفتاوى فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ
قضاوه وذكر في الواقعات الحسامية في كتاب ادب القاضي في الباب المعلم
بعلامة الواو واذا اشكل الرجل فيما يدعي عليه ينبغي ان يرضي خصمه بشيء ويصالحه
ولا يعجل باليمين احترازا عن الوقوع في الحرام وهو اليمين الكاذبة وان ابى الخصم
الا ان يحلفه فان كان اكبر رايه انه محق في دعواه يحلف وان اكبر رايه انه ليس على الحق
يسعه ذلك ونذكر هنا بتلو من مسايل ذكرها الخصاف في اواخر كتاب الحيل
ان قال كل امراة لي طالق وينوي كل امراة اتزوجها باليمن او بالهند او بالسند او في
بلد من البلدان له نيته في ذلك ولا حنث وقلت ان ابتداء اليمين بالله تعالى بقوله

هوالله

هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف فان قال المستحلف انما احلفك بالله الذي قل ان
نعم كلما اوقعت انا كيف الحال في ذلك وقد كتبت اليمين في كتاب ويريد ان يستحلفه
بالله والطلاق والعتاق والمشي والصدقة بما يملك قال يقول نعم وينوي نعما من
الانعام فاذا اجابه بنعم ينوي نعما من الانعام لم يكن عليه شيء وكذلك ان قال
نساؤك طوالق وينوي نساءه العور والعميان والعرجان او العالمك اليهوديات
او النصرانيات ويقصد الى صفة من تلك الصفات التي ذكرناها وكذلك المماليك
وجميع ما يملك من نوع من تلك الانواع التي ذكرناها يقصد بنيته الى ما شرحت لك
فيكون له نيته ولا يحنث قال الذي كان يستحلفه على فعل مضى واراد ان يحلف له
انه لم يفعل كذا وكذا ويحضر المملوك قال يضع يده على راس المملوك او ظهره
ويقول هذا حر يعني ظهره حتى لم يكن فعل كذا وكذا ولا يعتق المملوك
وان حلف بعتق المملوك انه لم يفعل كذا يعني لم افعل ذلك الشيء بمكة او في المسجد
الحرام او في مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم في بلد من البلدان وينوي ذلك فلا يحنث
ان كان قد فعل ذلك الشيء في غير ذلك الموضع الذي نوى وقصد اليه وان اراد ان يحلف
بطلاق امراة قال يقول امراتي هذه طالق ثلاثا وينوي عملا من الاعمال مثل الخبز
والغسل او طالق من وثاق وينوي بقوله ثلاثا ثلثة ايام او ثلثة اشهر او ثلث جمع
فلا يكون عليه في ذلك حنث وقال قلت ارايت سلطانا بلغه عن رجل كلام فاراد
ان يحلف الرجل على ذلك الكلام الذي بلغه فما الوجه فيه قال الوجه
فيه ان يقول الرجل الذي استحلفه الذي بلغك عني فاذا قال بلغني عنك
انك قلت كذا وكذا وحكى له الكلام فان شاء حلف له بالعتاق والطلاق انه
ما قال هذا الكلام الذي حكاه هذا ولا سمع به الا الساعة يعني ما تكلم بهذا
الكلام الذي حكاه ولا سمع به بهذا الكلام بعينه قبل الساعة فلا يكون عليه اثم
وان شاء نوى في الطلاق والعتاق ما شرحناه وان شاء حلف انه لم يتكلم
بهذا الكلام بالكوفة او بالبصرة او في اليمن او في بلد من البلدان غير البلد الذي

كان تكلم بهذا فيه ونوى بالليل ان كان تكلم بالنهار وان تكلم بالليل نوى انه لم يتكلم به
بالليل او نفى في دار فلان او في المسجد الجامع او في شهر رمضان او ما اشبه هذا
والباقي يعلم في كتاب الحيل **قوله** قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية
انزل الانجيل على عيسى اي قال القدوري في مختصره وقال في شرح كتاب
الاستحلاف قال ابو يوسف قال ابو حنيفة اهل الذمة واهل الاسلام والعبد التاجر
والمكاتب والصبي التاجر والمراة فيما ادعوا وادعي عليهم سواء **اما** الذمي فانه
لا يفارق المسلم في احكام المعاملات ولانهم محمولون على احكامنا الا ما
استثنى بعقد الامان **واما** العبد التاجر فلانه ممن يصح اقراره فجاز ان
يستحلف وكذلك الصبي التاجر على اصلنا اذ الاذن في التجارة له جائز فيصير
كالعبد الماذون والمكاتب في يد نفسه فهو في باب المعاملات كالحر والمراة
لا تفارق الرجال في باب التصرف فجريا مجرى واحدا الى هنا لفظ القدوري
وقال في شرح الطحاوي ويستحلف النصراني بالله الذي انزل الانجيل على
عيسى ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى ولا يستحلف
المجوسي بالله الذي خلق النار وعند محمد يحلف بالله الذي خلق النار ولا يستقبل
بها القبلة ولا يدخل المسجد ولا يدخل الكعبة ولا الكنيسة ولا بيت النار الى هنا لفظ
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقال في الاجناس قال في المجرد قال
ابو حنيفة ان لم يتهمه القاضي اقتصر على قوله بالله بالله الذي لا اله الا هو عالم
الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية الذي
يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور في حق المسلمين **واما** في حق اليهود يحلف
بالله الذي انزل التوراة على موسى وفي حق النصارى بالله الذي انزل الانجيل
على عيسى ابن مريم وان كان مجوسيا بالله الذي خلق النار ولا يحلف غيرهم من اهل
الشرك بالله تعالى ولا يحلف في كنيسة اليهود ولا بيعة النصارى ولا بيت نار المجوس
وانما استحلفه عند القاضي ونقل عن ادب القاضي للاصل والاصل ان فائدة اليمين
النكول

النكول الذي هو اقرار او بذل والكافر يصح منه الاقرار والبذل فيتوجه
عليه اليمين كما في المسلم وكل ذي دين يعتقد الحرمة لمعبوده فيمتنع
من الاقدام على ما فيه هتك حرمة معبوده والكافر يمتنع من اليمين
الكاذبة فيحصل ما هو المطلوب كما في حق المسلم غير ان المسلم يغلظ عليه
اليمين بنحو ما قلنا واليهودي يغلظ عليه بالله الذي انزل التوراة على
موسى لانه يقر بنبوة موسى ويعتقد الحرمة له الا ترى الى ما روي في السنن
مسندا الى البراء بن عازب رضي الله عنه قال مر على النبي صلى الله عليه بيهودي
محمم فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزاني قالوا نعم فدعا رجلا من علمائهم
فقال انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى اهكذا تجدون حد الزاني في
كتابكم فقال اللهم لا ولولا انك نشدتني بهذا لم اخبرك نجد حد الزاني في كتابنا
الرجم ولكنه كثر في اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا
الضعيف اقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فنجتمع على شيء نقيمه على الشريف
والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى
الله عليه اللهم اني اول من احيى امرك اذ اماتوه فامر به فرجم وهذا الحديث
حجة لابي يوسف في رجم الكافر على ابي حنيفة ومحمد وجوابهما انه نسخ لانه كان
بحكم التوراة وقد مر في الحدود والنصراني يحلف بالله الذي انزل الانجيل على
عيسى لان النصراني يقر بنبوة عيسى ويعتقد الحرمة له وان اختلفوا فيما بينهم
انه ابن الله والمسيح هو الله وثالث ثلاثة فيمتنع من الاقدام على اليمين الكاذبة
فيحصل ما هو المقصود **واما** المجوسي فهل يحلف بالله الذي خلق النار قال
محمد يحلف كذلك لانه يعتقد الحرمة في النار فيمتنع من اليمين الكاذبة فيحصل
المقصود وقد ذكر في الاصل وشرح الطحاوي مر ذلك انفا وقال الخصاف في
ادب القاضي ويحلف غير اليهود والنصارى من اهل الشرك بالله ما روي
عن النبي صلى الله عليه انه قال من كان حالفا منكم حالفا فليحلف بالله واذا كان

كذلك تحلفه بالله لا بذكر النار ونحوها لان في ذكر النار تعظيمها بخلاف
ذكر التوراة والانجيل لانه كتب الله تعالى معظمة والى هذا ذهب بعض مشايخنا
وقال في شرح الاقطع **واما** الصابية فان كانوا يؤمنون بادريس عليه
السلام استحلفوا بالله الذي انزل الصحف على ادريس عليه السلام وان
كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب **قوله**
لابن صوريا هو بالقصر اسم عجمي **قوله** انشدك بالله يقال
نشدتك الله ونشدتك بالله نشدة اي ذكرته ونشدت الضالة نشدانا
طلبتها **قوله** في كتابكم هذا اي التحميم **قوله** والوثني لا تحلف الا
بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى والدليل على ذلك قوله تعالى
ولئن سالتهم من خلقهم ليقولن الله ولا يقال انهم كانوا يعتقدون الله لعبدوا الاوثان
لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا ترى الى قوله تعالى
ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى فاذا ثبت انهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن
الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل الفايدة المطلوبة من اليمين وهي
النكول **قوله** ولا يحلفون في بيوت عباداتهم هذا لفظ القدوري في
مختصره وذلك لان فيه تعظيم تلك المكان ولا تذكره للقاضي حضور ذلك المكان
والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان في اي مكان حلفه جاز ذلك قال في الاجناس قال
في الماخوذ للحسن وان سال المدعي القاضي ان يبعث به الى بيعة او كنيسة
فيحلفه هناك فلا باس ان يفعل اذا اتهمه وقال في الاجناس ايضا قال
في المجرد لا ينبغي للقاضي ان يحلف المدعي ان شهوده قد شهدوا بالحق ولا شهوده
انهم يشهدون بالحق ورايت في خط شمس الايمة الحلواني واستحلاف الاخرس
ان يقول القاضي عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق ويشير الاخرس
براسه اي نعم ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك حق فيشير الاخرس براسه
اي نعم لان الاشارة من الاخرس اذا كانت معروفة من البلد والاثبات بمنزلة العبارة
من الناطق

٧١

من الناطق في ساير الاحكام فكذا في حق الحلف والقاضي لو استحلفه بالله ما لهذا
عليك الف درهم فقال نعم لا يكون يمينا لانه يصير كانه قال والحلف وذلك لا يكون
يمينا فان كان الاخرس فلو قال عليك عهد الله فقال نعم يكون يمينا لانه يصير
كانه قال علي عهد الله ان كان لهذا علي كذا **قوله** قال ولا يجب التغليظ
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان انما قال القدوري في مختصره وعند الشافعي
يغلظ بالمكان والزمان **اما** المكان فانه يحلف بين الركن والمقام بمكة وعند
منبر رسول الله بالمدينة وعند الصخرة في بيت المقدس وفي الجوامع في ساير البلاد
واما الزمان فبعد العصر وهذا التغليظ فيما ليس بمال كالنكاح والطلاق
والعتاق والنسب والرجعة والقتل والجرح **واما** المال فاذا كان قدره عشرين
دينارا او اكثر غلظت اليمين بالمكان والزمان كذا في مختصر الاسرار وقال
في كتاب التفريع لاصحاب مالك ويحلف الناس في المساجد ولا يحلف على
منبر من المنابر الا عند منبر رسول الله صلى الله عليه ولا يحلف عنده الا على ربع
دينار فصاعدا ويحلف على اقل من ذلك في ساير المساجد واذا وجبت يمين
على امراة لا تخرج حلفت في المسجد ليلا ان كانت ممن لا تخرج نهارا ويحلف اليهودي
والنصراني حيث يعظمان من الكنيسة والبيعة ولا يحلفان الا بالله عز وجل
الى هنا لفظ كتاب التفريع وقال في كتاب المستوعب للحنابلة **واما** التغليظ
بالزمان فان تحلفه بعد صلاة العصر او بين الاذان والاقامة واما التغليظ
بالمكان فبمكة بين الركن والمقام وبالمدينة عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم
وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي بقية البلاد عند المنبر في الجامع و
يحلف اهل الذمة في المواضع التي يعظمونها ويتوقون ان يحلفوا فيها كاذبين
ثم قال فيه ولا تغلظ اليمين الا فيما له خطر مثل الجنايات والحدود والعتاق
والطلاق ونحو ذلك وفي المال الذي تجب فيه الزكوة وقيل فيما يقطع
فيه يد السارق الى هنا لفظ المستوعب وهو مذهب سفيان الثوري

لمذهبنا نقله حكاه بعض اصحاب مالك وجه قولهم ما روي عن جابر ان رسول
الله صلى الله عليه قال من حلف على منبري هذا بيمين كاذبة تبوأ مقعده من
النار ولانه معنى يتغلظ به يمين احد المتداعيين فجاز للحاكم ان يغلظها به كالتأكيد
ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر رواه محمد
في كتاب الشهادات من الاصل في باب الاستحلاف عن ابي يوسف
عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه
بيانه ان النبي صلى الله عليه اطلق اليمين ولم يقيده بزمان ولا مكان فعلم ان
ذلك ليس بشرط ولان اليمين حجة لاحد الخصمين فلا تختص بزمان ولا مكان
كالبينة ولان اليمين في المال القليل لا تختص بزمان ولا مكان فكذلك المال العظيم
لا يقال ذلك حق يجب على المدعا عليه باليمين ولان اليمين وضعت لقطع الخصومة
فلا يتغلظ بزمان ولا مكان كحكم الحاكم واقامة البينة يوضحه ان البينة يستحق
بها واليمين لا يستحق بها شيء فاذا لم تتغلظ البينة بزمان ولا مكان فاليمين اولى
والجواب عن حديث الخصم يقول ذلك واشاله يدل على تاكيد حكم اليمين على
منبره عليه السلام وعظم المأثم لا انه شرط في اليمين والجواب عن معقولهم
قلنا نحن نقول بموجبه لان عندنا للحاكم فعله ان راى ذلك وانما الخلاف
في كونه واجبا او سنة فان ادعوا ذلك فلا نسلم ذلك في الاصل لان ذلك التغليظ
على ما يراه القاضي كما في مسئلتنا على انا نقول الحديث ان النبي صلى الله عليه حلف احدا
عند منبره او بين الركن والمقام وانما كانت الايمان بحضرته وهذا دليل على ان التحليف
عند المنبر ليس بشرط والفقه في ذلك ان المقصود من ذكر اسم الله تعالى في اليمين تعظيم
المقسم به والتعظيم حاصل بلا اشتراط مكان ولا زمان على ان في اشتراط المكان والزمان
حرجا على القاضي في الحضور والحرج مدفوع شرعا فلا يشترط قوله قال
ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه
ولا يستحلف بالله ما بعت ايه قال القدوري في مختصره قال الامام الاسبيجابي
في شرح

في شرح الطحاوي وانما تحلف على صورة انكار المنكر عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف تحلف على صورة دعوى المدعي لا على صورة انكاره الا
اذا كان يعرض المنكر فحينئذ تحلف على صورة انكاره بيانه اذا ادعى عنده قد
وديعة او قرضا او غصبا او ثوبا او اشبه ذلك وهو ينكر ويقول ليس على
شيء فان عند ابي حنيفة ومحمد تحلف على صورة انكاره بالله ليس عليك شيء من
هذا المال الذي يدعيه عليك وفي الوديعة تحلف بالله ما له قبلك هذا المال
الذي يدعيه ولا شيء منه ولا بدله ولا بدل جزء منه وعند ابي يوسف تحلف
بالله ما اودعه ولا باعه ولا اقرضه الا اذا قال المنكر للقاضي الرجل قد يقرض
او يودع ثم يسترد ذلك او كذلك يبيع ثم يفسخ فاذا عرض للقاضي مثل هذا فحينئذ
يحلف على ما ينكر وفي البيع تحلف بالله ما بينك وبينه هذا البيع الذي ادعى
قائما الساعة عند محمد ولا تحلف بالله ما باعه وكذلك عند ابي يوسف
اذا عرض المدعى عليه للقاضي واما لو ادعت على رجل انه طلقها ثلاثا
وهو ينكر فانه لا تحلف بالله ما طلقها ثلاثا لانه يجوز ان يطلقها ثلاثا ثم عادت
اليه بعد زوج اخر ولكنه تحلف بالله ما طلقها في النكاح الذي بينكما ثلاثا وكذلك
اذا ادعت امة على مولاها انه اعتقها فانه لا تحلف بالله ما اعتقها لانه يجوز
ان يعتقها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت ولكن تحلف بالله ما
اعتقها في الرق القائم في الحال في ملكه هذا وهذا فيمن يسبى بعد الحرية كالعبد اذا
كان ذميا او صبيا او امة فاما اذا كان العبد كبيرا مسلما فانه
يحلف بالله ما اعتقه لانه بعد الحرية لا يستحق رقبته ولو ادعى رجل على امرأة
نكاحا او ادعت المرأة على الزوج ففي قول ابي حنيفة لا يستحلف وعندهما
يستحلف ثم عند ابي يوسف تحلف على صورة دعوى المدعي وعند محمد تحلف
على صورة انكار المنكر ولو ادعى رجل على اخر قتلا خطأ واوجب عليه الدية
وهو ينكر وجوب الدية فعند ابي يوسف تحلف بالله ما قتلت وعند محمد تحلف

بالله ليس هذا لك قبلي الدين ولا ما ادعاه قليله فان حلف برئ وان نكل قضي عليه
بذلك هو من العاقلة كالاقوال هما لفظ الامام الاسبيجابي وقال القدوري
في شرح كتاب الاستحلاف جملة هذا الباب ان الدعوى اذا وقعت فيما يرتفع
بعد وقوعه فان اليمين تقع على ثبوت حكمه في الحال ولا يقع على نفس الحق
هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة وذكر الخصاف ان الاستحلاف يقع على
السبب المدعى الا ان يعرض الخصم وهو قول ابي يوسف ومتى كانت الدعوى
فيما لا يرتفع بعد وقوعه او لا يتعين جملة اليمين تقع على السبب قال ابو يوسف
قال ابو حنيفة اذا ادعى رجل قبل رجل كفالة بنفس او مال او ادعى وديعة
او عارية او اجارة فان القاضي يحلفه بالله ماله قبلك ما ادعاه وان ادعى
بيعا لم يستحلف بالله ما بعت ولكنه يستحلف بالله ما بينهما هذا البيع الذي ادعى بهذا الشرا
قال رحمه الله قال الخصاف فاحلفه بالله ما بينكما بيع قائم في هذا الوقت
والوجه في ذلك ان البيع قد يطرأ عليه الاقالة ويتعقبه الفسخ والوديعة
والوديعة قد يطرأ عليها ما يغيرها والغصب قد يطرأ عليه ما يغير الضمان
فلو استحلفه على اصل الشيء جاز ان يكون قد حدث شيء اوجب تغيير حكمه في بعض
الوجوه التي قدمناها وان حلف المدعى عليه على نفي اصل الشيء كان كاذبا وان لم يحلف
وقال ادعى المعنى الطاري لم يقبل قوله وان استحلفه الحاكم على ثبوت حكم ذلك
في الحال فقد وفى المدعي حقه الا ترى انه انما يدعي العقد ليثبت حكمه وانه
يسقط بذلك حق المدعى عليه لانه ان كان حدث ما يوجب تغيير الحكم كان
صادقا في يمينه ومتى امكن ايفاء حقهما كان اولى من ايفاء حق احدهما واسقاط
حق الاخر ووجه الرواية الاخرى ان اليمين تثبت لحق المدعي فوجب
ان تكون مطابقة لدعواه وجواز ان يكون قد تغير الحكم لا معنى له لان ذلك
يراعى لحق المدعى عليه ويمكنه ان يعرض للحاكم ليستدرك هذا فمتى لم يعرض
الا ان ذلك لحق المدعي وجب ان يعتبر حق المدعي وصفة التعريض ان يقول
المدعى عليه

المدعى عليه للقاضي اذا عرض عليه اليمين بالله ما بعت فانه قد يبيع الانسان
شيئا ثم يقال فيه فيحنث فيلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال
وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمطلوب حين طالبه وعلى
هذا النكاح اذا ادعى لان الطلاق يرد عليه كما يرد الاقالة على البيع وجعلوا الطلاق
كالاقالة لانه يطرأ عليه الرجعة فاذا ادعت المراة طلاقا استحلف الرجل بالله ما
هي بائن منك في الحال بالطلاق الذي ادعت عليه وقال في الامة اذا ادعت العتق على مولاها
انه لا يستحلف بالله ما اعتقتها لان عتق الامة يطرأ عليه ما يغير حكمه الا ترى
انها قد ترتد وتلحق بدار الحرب فتسبى فيستحلف بالله ما هي حرة في الحال
واما العبد اذا ادعى عتقا على مولاه فهو على يمين ان كان مسلما استحلف
المولى بالله ما اعتقته لان عتقه لا ينفسخ بعد وقوعه فالمعنى العدول
عما اقتضته الدعوى وان كان كافرا فهو كالامة لانه قد يعتق فينقض العهد
ويلحق بدار الحرب فيسترق هذا لفظ القدوري في شرح كتاب الاستحلاف قوله
ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يستحلف بالله ما
غصبت هذا لفظ القدوري في مختصره والمعنى ما بيناه قوله وفي النكاح بالله ما
بينكما نكاح قائم في الحال هذا لفظ القدوري ايضا وهذا منهما لان الاستحلاف
لا يجري في النكاح عند ابي حنيفة رضي الله عنه قوله وفي دعوى الطلاق
بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها وهذا لفظ
القدوري ايضا قوله الا اذا عرض قد ذكرنا انفا صفة التعريض قوله يحلف على
الاصل على ثبوت الحكم في الحال قوله وذلك مثل ان يدعي مبتوتة نفقة العدة
والزوج ممن لا يراها وذلك شانه لا يترك النظر يعني اذا كان الزوج شافعي المذهب
وهو لا يرى نفقة المبتوتة وادعتها عليه لا يحلف على الحاصل لان الزوج يكون
صادقا في اعتقاده انه لا نفقة لها فلا يمتنع عن اليمين فيكون فيه ترك
النظر لها بل يحلف على السبب لئلا يلزم ترك النظر وكذا اذا ادعى شفعة بالجوار والمدعى عليه

لابراها بان كان ثم نافعيا لا تحلف على الحاصل لهذا المعنى بل تحلف على السبب قال القدوري
في شرح كتاب الاستحلاف روي ان رجلا ادعى على رجل عند اسمعيل ابن حماد بن
ابي حنيفة انه اشترى دارا الى جواره وانه يطالب بالشفعة فيها فاراد ان يسأل
المدعا عليه الشرا فاراد اسمعيل ان يستحلفه بالله ما اشتريت فقال قد يشتري
الانسان ويسقط الشفيع شفعته فاراد استحلافه بالله ما له عليك شفعة في هذه
الدار في الحال فقال المدعي ان هذا يعتقد ان شفعة الجوار غير واجبة فان
استحلفته تاول ذلك فحلف فقال اسمعيل للمدعى عليه ان كان الامر على
ما يدعي من الشرا فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك
شفعة في هذه الدار في الحال فامتنع من اليمين **قوله** وعليه بنقض العهد اي يكرر
الرق على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق بدار الحرب كما يكرر على الامة فلا
جرم يستحلف على الحاصل بخلاف العبد المسلم فانه لا يكرر الرق عليه بالسبي فاذا ادعى
العتق على مولاه يحلف على السبب **قوله** قال من ورث عبدا وادعاه اخر
استحلف على علمه قال في الجامع الصغير في كتاب القضا وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يرث العبد فيجي رجل فيزعم انه له ولا
بينة له على اي شي يستحلف قال على علمه وان وهب له رجل عبدا وقبضه او اشتراه وجا
رجل يزعم انه له فانه يستحلف البتة واصل ذلك ان من ادعى عليه فعل من جهته او ادعى
عليه حق في شي باستفاده بفعله فان اليمين اذا وجبت في ذلك كانت على البتات وكل من
ادعى عليه فعل غيره او حق في شي ملكه بغير فعله فاليمين في ذلك على العلم والاصل في ذلك
ان النبي صلى الله عليه استحلف في القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فاستحلفهم على فعلهم
على البتات وعلى فعل غيرهم بالعلم الوارث قايم مقام المورث والخصومة توجهت الى
الميت ولا علم للوارث بما صنع المورث فيحلف على العلم والمشتري والموهوب له يحلفان على
فعل انفسهما لان الشرا والهبة سبب موضوع للملك شرعا وذلك يطلق له اليمين بانه
ملكه ولا ملك لغيره فيه فوقع اليمين على البتات وقال الاسروشني في الفصل الثالث
من فصوله

من فصوله **واما** كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعا عليه من
كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبت هذا العين مني يستحلف
على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى
لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق
هذا العين مني او غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس
الايمة الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون
على العلم الا في الرد بالعيب يريد به ان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق
او ابق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه ابق او سرق في يد البايع و
اراد تحليف البايع يحلف على البتات بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف
على فعل الغير وهذا لان البايع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف
يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوي يبني
على هذا الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على
العلم الا اذا كان شيا يتصل به فحينيذ يحلف على البتات فخرج على هذا فصل الرد بالعيب
لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البايع وان وقعت الدعوى
على فعل المدعا عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت مني
او استاجرت مني او استقرضت مني فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم
باثنين ففي هذه الصورة يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك **فاما اذا قال**
لي علم بذلك تحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة
الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم
الى المشتري ثم اقر البايع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول
الوكيل مع يمينه فاذا حلف بري المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله
لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير لكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك

فانه قال فيمن [illegible] وكان له علم بذلك لكن يحلف على البتات [illegible] لفظ الفصول
والنافي يعلم ثمة **قوله** قال ومن لزمه يمين على انكار فافتدى يمينه او صالحه منها
على عشرة فهو جائز اي في الجامع الصغير كتاب القضاء وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يدعي عليه المال فيفتدي يمينه بعشرة دراهم
قال جائز وليس للمدعي ان يستحلفه على ذلك اليمين بعد ذلك وكذلك ان صالحه من
يمينه على عشرة دراهم **اما** جواز الافتداء فلما روي اصحابنا في شروح الجامع الصغير
عن عثمان رضي الله عنه انه دفع المال ولم يحلف وكذلك روي عن حذيفة رضي الله عنه
وهذا لان الحاصل صلح على الانكار فانه لو قال صالحتك على عشرة دراهم انقطعت
الخصومة وسقطت اليمين فكذا اذا اتى بمعنى الصلح لان العبرة للمعنى ولانه بذل المال
يقطع الخصومة وصون النفس والانسان يملك صون نفسه بماله [illegible] بعد هذا المعنى
اعظم المنافع ويملك صون ماله فيه ثم لا يستحلفه المدعي ابدا لانه [illegible] خصومته بذلك
المال وقال في الفصول ويجوز الافتداء عن اليمين بالدراهم وكذا يجوز الصلح عن اليمين
على الدراهم حتى لا يكون للمدعي ان يحلف المدعى عليه بعد ذلك لانه لا فرق بين اليمين والصلح
عن اليمين صلح على الانكار وبعد الصلح على الانكار لا يسمع دعوى المدعي فيما وقع الصلح عنه
قوله اسقاط حقه اي بالصلح والافتداء

باب التحالف

لما ذكر حكم اليمين الواحد شرع في بيان يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد في
الوجود فوضع ما يتعلق بهما ذكرا بعده للتناسب **قوله** قال واذا اختلف
المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر
من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان صاحب البينة نور دعواه بالحجة ولم يوجد
من الطرف الاخر الا دعوى مجردة فهي لا تعارض البينة فكان القضاء بها اولى
لكونها اقوى **قوله** وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة
للزيادة اولى هذا لفظ القدوري في مختصره فان ادعى المشتري بانه اشترى هذه العين

بعشرة

بعشرة وادعى البائع انه باعها بخمسة عشر واقام كل واحد منهما بينة على دعواه
او ادعى المشتري انه اشترى كرين بعشرة وادعى البائع انه باع الكر بعشرة
واقام كل واحد منهما بينة على ما ادعى فالبينة المثبتة للزيادة اولى وذلك
لان البينات شرعت للاثبات فكلما كانت اكثر اثباتا كانت اولى ولا تعارض في البينتين
لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة
سالمة عن المعارض **قوله** ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع
اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع صورته ما قال في الشامل في قسم المبسوط
قال البائع بعتك هذه الجارية وحدها بمائة دينار وقال المشتري بل بعتها مع هذا العبد
بخمسين واقاما البينة يقضى بهما جميعا للمشتري بمائة دينار لان كل واحد منهما
اثبت ببينته زيادة فتقبل في حق تلك الزيادة **قوله** وان لم يكن لكل واحد منهما
بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع
اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع وهذا لفظ القدوري في
مختصره وذلك لان المقصود من شرع الاسباب قطع المنازعات ورفع الخصومات
وتحصل ذلك برضا احدهما بما يدعي الاخر ولان كل واحد منهما ربما لا يريد فسخ العقد
فيعود الى الرضا اذا علم ان العقد ينفسخ فلا جرم يقول القاضي افسخ البيع اذا لم
يرض كل واحد منهما بما يدعيه الاخر حتى يحصل الرضا فتسقط الخصومة **قوله**
وهذا جهة فيه اي في قطع المنازعة **قوله** فان لم يتراضيا استحلف الحاكم
كل واحد منهما على دعوى الاخر اي ان لم يتراض البائع والمشتري يعني لم يرض البائع
بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف
القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه قال صاحب الهداية وهذا
التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعد القبض مخالف للقياس ولكنه
ثبت بالحديث استحسانا اعلم ان المستحسن انواع مستحسن بالاثر
كالسلم ومستحسن بالاجماع كالاستصناع فيما فيه تعامل ومستحسن

بالضرورة لتصحيح الحلف فلا بد منه فلا وقد يستحسن بالقياس الخفي وله نظير
كثير في هذا النوع ثم هذا النوع الثالث الاول لا يصح التعدية فيها لكونها على خلاف
القياس ويصح التعدية في النوع لموافقته القياس الخفي بيانه ان المتبايعين
اذا اختلفا في قدر الثمن قبل قبض المبيع تحالفا لان البايع يدعي اليمين
على المنكر بالحديث المشهور وهو ليس منكرا لان المشتري لا يدعي عليه شيئا فيجري
التحالف استحسانا لان كل واحد منهما مدع والاخر منكر لان البايع يدعي زيادة
الثمن والمشتري يدعي تسليم المبيع باقل الثمنين والبايع ينكر فيجري التحالف
حكما للانكار ثم يتعدى هذا الحكم الى وارثي البايع والمشتري اذا اختلفا قبل
القبض والى الاجارة اذا اختلفا المواجر والمستاجر قبل استيفا المنافع في قدر البدل
فاما تحالف البايع والمشتري بعد القبض فمخالف للقياس لان المبيع سالم
للمشتري لا يدعي على البايع شيئا ملكه ثبت التحالف بالنص في الفصلين
بالطلاق قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها
تحالفا وترادا فلم يصح التعدية لثبوته بخلاف القياس حتى يجري التحالف
بين الوارثين بعد القبض ولا تحالف العاقدان بعد هلاك السلعة عند
حنيفة وابي يوسف ولا يتحالف المواجر والمستاجر اذا اختلفا بعد استيفا
المعقود عليه وقد مرت ذلك في كتابنا الموسوم بالتبيين في باب ذكر القياس
ويبدا بيمين المشتري هذا لفظ القدوري في مختصره قال الشيخ ابو نصر
البغدادي هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رواه الحسن عنه في المجرد وذكر
في المنتقى رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يبدا بيمين البايع وكذلك ذكر ابو
الحسن في جامعه وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال يبدا بيمين المشتري
وعند زفر يبدا بيمين البايع كقول ابي يوسف الاول كذا في التقريب وقال اصحاب الشافعي
في المسالة ثلثة اقوال احدها يبدا بيمين البايع والثاني بيمين المشتري والثالث
الحاكم بالخيار ومنهم من قال يبدا بيمين البايع بكل حال كذا في شرح الاقطع وجه
قول زفر

قول زفر وهو قول ابي يوسف اولا قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قال البايع خص البايع بالذكر حيث جعل القول قول البايع واقل
احوال هذا التخصيص ان يفيد التقديم ولان المبيع يستحق على البايع بحكم
فساد العقد وله ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من له
حبس المبيع اولى ولنا ان اليمين يطلب لما يتعلق بها من فايدة النكول ونكول
المشتري يتعلق به فايدة عاجلة وهو تسليم الثمن في الحال ونكول البايع لا يتعلق به
فايدة لا تؤدي الى حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن فكان تقديم من تتعجل بنكوله الفايدة
اولى في هذا قالوا ان تبايعا عينا بعين او ثمنا بثمن كان القاضي مخيرا في تقديم ايهما شا
لان كل واحد منهما اذا عمل لا يلزم تسليم شي في الحال فيستويا وقال الفقيه [illegible] في شرح
كتاب الاستحلاف قد ذكر في هذا الكتاب رواية اخرى عن ابي يوسف في كتاب
الاستحلاف ودعوى المشتري ان كان ابتدا بالخصومة وادعى على البايع ابتدا بيمين
البايع وان كان البايع ابتدا بالدعوى ابتدا بيمين المشتري ثم قال
القدوري واما صفة اليمين فقد ذكر في الاصل ان كل واحد منهما يحلف على دعوى
الاخر وهذا يقتضي ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما
اشتراه بالفين وذكر في الزيادات ان البايع يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه
بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف وما
ذكره في الاصل موضوع اليمين لانها لا تقع عندنا الا بالنفي فلو جمعنا بين الامرين
لتضمنت الاثبات والنفي وهذا لا يصح ووجه ما ذكر في الزيادات ان
الجمع بين الامرين تاكيد للنفي وليس ان تكون اليمين موضوعها النفي ويضم اليها
الاثبات على طريق التاكيد فيقول الشاهد اشهد ان فلانا مات وهذا وارثه لا وارث
له غيره وقال في شرح الاقطع جوابا عن الحديث الذي رواه زفر انما خص البايع بالذكر
لان يمين المشتري معلومة لا يشكل لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فسكت
صلى الله عليه عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه قوله وان كان بيع عين بعين

اذ لم يثبت براءة القاضي بيمين ايهما شاء لا يستويان فيما ذكره تفريعا على مسئلة القدوري
قوله على ذلك اي على النفي **قوله** فان حلفا فسخ القاضي المبيع بينهما اي
قال القدوري في مختصره يعني اذا استحلف الحاكم كل واحد منهما فحلفا فسخ البيع
بينهما وهذا الذي ذكره القدوري يدل على انه لا ينفسخ المبيع بنفس التحالف ما لم
يفسخ الحاكم وبه صرح في كتاب الاستحلاف لحكام القاضي حيث قال
اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع ولم ينفسخ بالتحالف قال الامام الاسبيجابي في
شرح الطحاوي فان حلفا القياس ان يترك المبيع للمشتري بما قال
وفي الاستحسان ينتقض لا بفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما
حتى ان احدهما لو اراد ان يلتزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك
وقال بعضهم بنفس التحالف ينفسخ والاول اصح الى هنا لفظ شرح الطحاوي ووجه
ذلك ان اليمين تسقط ما يدعيه كل واحد منهما من البدل فيبقى البيع مجهولا
لانه لم يثبت الثمن الذي ادعاه البايع ولما لم يثبت المبيع الذي ادعاه
المشتري في اختلاف البدل يوجبها اختلاف العقد لان كل واحد يدعي
عقدا غير العقد الذي ادعاه الآخر فيجهل لا لجهالة البدل فاذا سقط
ذلك فسد العقد لعدم البدل والبيع الفاسد لا ينفسخ بدون فسخ الحاكم ولانه لما
لم يثبت البدل للتعارض كان البيع بلا بدل وذلك فاسد والعقد الفاسد لا بد
له من الفسخ وقال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي في باب
اليمين وان حلفا جميعا انتفى الثمنان فبقي بيعا بلا ثمن فيفسد فينقض
العقد فيما بينهما وانما ينقض القاضي العقد فيما بينهما اذا طلبا او طلب
احدهما من القاضي النقض **فاما** بدون الطلب لا ينقض وفرق بين هذا وبين
اللعان فان الزوجين اذا فرغا من اللعان فان القاضي يفرق بينهما سواء
طلبا من القاضي او لم يطلبا ذلك لان حرمة المحل قد ثبتت شرعا باللعان على ما قال
عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وصفة الحرمة حق الشرع فلا يحتاج
فيه

فيه الى طلب العقد واما العقد وفسخ العقد حقهما فشرطا الطلب العاقد ولهذا
وقال الامام الناصحي في تهذيب ادب القاضي وان حلفا لم ينقض القاضي البيع بينهما
حتى يطلبا ذلك او يطلب احدهما لان الفسخ حق لهما بدليل ما روي عن النبي
صلى الله عليه انه قال تحالفا وترادا **قوله** وان نكل احدهما عن اليمين لزمه
دعوى الآخر وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح ادب القاضي اذا
اختلفا في الثمن والسلعة قائمة مقبوضة كانت او لم تكن مقبوضة فانهما
تحالفان تحلف البايع على دعوى المشتري فان نكل لزمه البيع بالف درهم
وتحلف المشتري على دعوى البايع فان نكل لزمه دعواه وهو البيع بالفي درهم وان
حلفا جميعا فقد مر بيانه انفا واصل ذلك ان النكول في معنى البذل او بدل
الاعواض صحيح فاذا كان الناكل باذلا لم يبق دعواه معارضا لدعوى صاحبه
فيثبت دعوى صاحبه لسلامتها عن المعارض **قوله** قال فان اختلفا في الاجل
او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما اي قال القدوري
في مختصره قال في مختصر الاسرار اذا اختلفا في شرط الاجل والخيار او مقداره
او شرط الرهن فالقول قول من ينفيه خلافا لزفر والشافعي انهما يتحالفان
لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عنده بزيادة الاجل والاختلاف
في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا **ولنا** ان هذا اختلاف في غير
المعقود عليه فلا يتحالفان كالاختلاف في الحط والبراءة من الثمن والدليل على انه
اختلاف في غير المعقود ان العقد لا يختل بفوات الاجل وشرط الخيار بخلاف
الاختلاف في وصف الثمن اعني في جودته ورداءته او الاختلاف في
جنسه بان قال احدهما دراهم والآخر دنانير فان ذلك يوجب التحالف لانه
راجع الى نفس الثمن لانه دين لا يعرف الا بوصفه والاجل ليس بوصف الثمن
ولهذا يبقى الثمن بعد مضي الاجل والتحقيق هنا ان يقال ان التحالف
شرع بالنص اذا وقع الاختلاف في الثمن او المثمن اذا امكن الفسخ بعد التحالف

والابراء خ

ليتوصل كل واحد منهما الى التراد فالمراد لم يصل اليه ما ادعى قبل صاحبه وهنا لا يمكن
عند الاختلاف في الثمن المثلي لانهما اذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين او المثمنين
فيبقى البيع بغير ثمن او بغير مثمن وهو فاسد فيجب الرد والمتاركة بسبب الفساد وفيما
نحن فيه اختلفا في شرط زائد وهو الاجل والخيار فاذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى
صحيحا بدونه كما لو عقدا العقد بدونه في الابتداء فلا يمكن ان يفسخ مع بقائه على الصحة
وثمرة التحالف الفسخ فلا تحالف في موضع لا يؤدي الى الفسخ ويعلل ايضا الخيار الشرط
فنقول نوع خيار فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار العيب وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والاصل في هذا ان العاقدين متى اختلفا في
المعقود بالعقد يتحالفان ومتى اختلفا في الملحوق بالشرط لم يتحالفا او نقول متى اختلفا
اختلفا في كلمة العقد يتحالفان ومتى لم يختلفا في كلمة العقد لم يتحالفا والاجل ملحوق
بالشرط وليس من كلمة العقد والثمن والمثمن ملحوق بالعقد فهو من كلمة العقد
ثم الاختلاف في اجل الثمن لا يخلو اما ان اختلفا في اصله او في قدره او في مضيه
وان اختلفا في اصله فالقول قول البائع لانه استفاد من جهته وان اختلفا في
قدره فالقول قوله ايضا والبينة في المسئلتين جميعا بينة المشتري لانه
يثبت الزيادة وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على القدر فالقول قول
المشتري انه لم يمض والبينة بينته ايضا لانه يثبت وان اختلفا في المضي والقدر
فالقول قول المشتري في المضي وفي القدر قول البائع فيجعل كانه لم يمض
والبينة بينة المشتري وهذا اذا كان المبيع عينا فاما اذا كان المبيع
دينا يعني المسلم فاختلفا في اجل السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والتراد عند
علمائنا الثلاثة لانهما اختلفا في الملحوق بالشرط وعند زفر يتحالفان ويترادان
لان السلم لا يصح الا به فالاختلاف فيه كالاختلاف في صفة السلم ثم الاختلاف في
اجل السلم لا يخلو اما ان اختلفا في اصله او في قدره او في مضيه او فيهما جميعا اما
اذا اختلفا في اصله فلا ينظر ان كان مدعي الاجل هو رب السلم فالقول
قوله

قوله قياسا واستحسانا لتجويز السلم وان كان مدعي الاجل هو المسلم اليه
فالقول قوله ايضا استحسانا لتجويز السلم وهو قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد القول قول رب السلم وبفساد السلم وهو القياس ولو
اختلفا في قدره فالقول قول رب السلم ولو اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم
اليه والبينة ايضا بينته وان اختلفا في قدره ومضيه فالقول في القدر
قول رب السلم والقول في المضي قول المسلم اليه على اثبات الزيادة وانه لم يمض
وقال في الفتاوى الولوالجي وان اختلفا في الاجل فهذا على ثلاثة اوجه
ان اختلفا في اصل الاجل بان قال احدهما كان باجل وقال الاخر بغير اجل ان كان المدعي
للاجل هو الطالب فالقول قول الطالب مع يمينه لانهما اتفقا على عقد واحد و
اختلفا في فساده وجوازه فوجب ان يكون القول قول من يدعي الجواز
لانه متمسك بالظاهر الذي يدعوه عقله ودينه كما في النكاح والبيع والاجارة اذا
ادعى احدهما الفساد فالقول قول من يدعي الجواز فكذا هنا وان كان المدعي
للاجل هو المطلوب قال ابو حنيفة القول قول المطلوب وقال ابو يوسف
ومحمد القول قول الطالب فالحاصل ان عند ابي حنيفة القول قول من يدعي الاجل
طالبا كان او مطلوبا وعندهما القول قول الطالب مدعيا كان للاجل او منكرا وهما
يقولان ان الطالب بانكار الاجل وان كان يدعي فساد العقد الا انه بدعوى الفساد
يدفع عن نفسه استحقاقا لانه يكون منكرا اجلا فصار كالمطلوب الى الاجل لانه
بانكار الاجل يدعي فساد العقد من غير ان يدفع عن نفسه استحقاق شي للحال
وابو حنيفة يقول اتفقا على وجود عقد واحد واختلفا في الفساد والجواز فيكون
القول قول من يدعي الجواز كما لو كان الطالب مدعيا للاجل والمطلوب منكرا
هذا هو الكلام في الوجه الاول وهو الاختلاف في اصل الاجل واما
الوجه الثاني وهو الاختلاف في مقدار الاجل وان لم يقم لاحدهما بينة
فالقول قول الطالب مع يمينه ولا يتحالفان لان النص ما ورد بالاختلاف في المعقود

عليه او في الثمن لانه دل على وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق
من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يوجد من البيع وذلك
المعقود عليه او الثمن وان قامت لاحدهما البينة يقضي ببينته وان قامت
لهما البينة يقضي ببينة المطلوب لانه يثبت الزيادة **واما** الوجه الثالث
وهو الاختلاف في مضي الاجل بان قال الطالب كان شهرا وقد مضى وقال المطلوب كان
شهرا ولكنه لم يمض وانما اختلفت مثل المسلم الساعة فان لم يقم لهما البينة فالقول
قول المطلوب مع يمينه لان الطالب يدعي توجه المطالبة بالمسلم فيه والمطلوب
ينكر فان اقام احدهما البينة يقضي ببينته وان قامت لهما البينة فالبينة بينة
المطلوب لان بينته يثبت الزيادة اجل من حيث المعنى فكان القول قوله في شيء
والبينة بينته في شيء آخر **قوله** هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به
اي الاختلاف في الاجل او شرط الخيار او استيفاء بعض الثمن اختلاف في غير المعقود
عليه وهو المبيع واختلاف في غير المعقود به وهو الثمن فاشبه الاختلاف في الحط و
الابراء وذلك لا يوجب التحالف فكذا هذا **قوله** وهذا لان بانعدامه لا يختل
ما به قوام العقد اشارة الى قوله اختلاف في غير المعقود عليه وانما لم يختل قوام
العقد لان الاجل وشرط الخيار امر زايد في العقد لان العقد يصح بدونهما بخلاف
الثمن والمثمن فان قوام العقد بهما لا يصح عقد البيع بدونهما ولهذا لو اختلفا
في الثمن فشهد احد الشاهدين بالبيع بالف درهم والاخر بالدنانير لا يقبل ولو اختلفا
في الاجل فشهد احد الشاهدين بالبيع بالف الى شهر والاخر بالبيع بالف يقبل ويقضى
بالبيع بالف لاتفاقهما عليه ولو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلاثة ايام و
الاخر شهد انه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة **قوله** في وصف الثمن
اي في جودته وجنسه وهو كون الثمن دراهم او دنانير قال والقول قول
من ينكر الخيار والاجل مع يمينه اي قال القدوري في مختصره يعني اذا لم يتحالفا كان
القول قول المنكر لان ذلك امر عارض والقول قول المنكر في العوارض وهي ظاهر الرواية
وعن

وعن ابي حنيفة ان القول قول مدعي الخيار كذا في المختلف لانه ينكر لزوم العقد
او وجوب الثمن عليه **قوله** قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة
وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك
اي قال القدوري في مختصره قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال ابو حنيفة
وابو يوسف اذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن والسلعة هالكة بعد القبض لا يتحالفان
فالقول قول المشتري مع يمينه وقال محمد والشافعي يتحالفان ويترادان
العقد بالقيمة واجمعوا على ان السلعة اذا كانت قائمة يتحالفان سواء كان قبل القبض
او بعد القبض وحاصل الخلاف في تحليف البايع عندنا لا يحلف البايع وعندهما يحلف وجه
قول محمد ان كل واحد منهما مدعي ومدعا عليه فان البايع يدعي عقدا ينكره المشتري
والمشتري يدعي عقدا ينكره البايع ولابد لهذه الدعوى فايدة وهي دفع الزيادة
التي يدعيها البايع فيتحالفان ولهذا يقبل بينته على دعواه لانها صحيحة فيتوجه
اليمين له على البايع ايضا لان دعوى المشتري صحيحة يؤيده قوله عليه السلام اذا
اختلف المتبايعان تحالفا وترادا من غير فصل بين قيام السلعة وهلاكها وكذلك
علينا الاحكام كما اذا اختلفا في جنس العقد بعد هلاك السلعة بان ادعى احدهما البيع
والاخر الهبة او اختلفا في جنس الثمن بان ادعى احدهما البيع بالدراهم والاخر البيع بالدنانير
ويترادان وكذلك لو اختلفا في مقدار الثمن حالة قيام السلعة قبل القبض
يتحالفان فكذا هذا كذا في نسخ طريقة الخلاف **ولنا** ان التحالف بعد القبض حال
قيام السلعة ثبت بخلاف القياس بقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة تحالفا وترادا لان المشتري ليس بمدع حقيقة لان المدعا
هنا هو الشراء والشراء لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكم الشراء لزوم الثمن وسلامة
المبيع للمشتري فلو كان مدعيا للشراء لا لحكمه لما كان مدعيا للزوم الثمن او
لسلامة المبيع للمشتري فلا وجه الى الاول لانه حكم يلزمه لغيره فكيف يصلح مدعيا
ولا وجه الى الثاني ايضا لان المبيع سالم له بدون الدعوى والبايع مقر بذلك فاذا لم

يكن المشتري مدعيا لا يتوجه اليمين على البايع لان اليمين على المنكر بالحديث
وقد عرف ان الحكم اذا ثبت بخلاف القياس لا يتعدى الى ما ورد النص فلا يثبت
التحالف حال هلاك السلعة والجواب عن الحديث الذي رواه محمد فنقول
وهو مقيد بحال قيام السلعة وان ورد مطلقا عنه بدلالة متصلة وهي
قوله وترادا لان الرد نقض القبض ونقض القبض بعد هلاك السلعة لا
يتصور ونقول المطلق والمقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد حمل
المطلق على المقيد على ما هو المختار وقد مر ذلك في كتابنا الموسوم بالتبيين فلا يبقى
ذلك الحديث مطلقا والجواب عن قوله ان دعواه تفيده في زيادة الثمن
فنقول الفايدة يجب ان تثبت فيما يوجبه العقد للمشتري وذلك سلامة الذات
واليد **فاما** قدر الثمن فهو حق البايع لا حق المشتري ولا فايدة فيه
ودفع زيادة الثمن تحصل بيمين المشتري فلا حاجة الى يمين البايع والجواب
عن الاحكام فنقول اذا اختلفا في جنس العقد وجنس الثمن حال
هلاك السلعة فنقول سلم بعض اصحابنا وخرجوا وقالوا كل واحد منهما يحلف
على عقد غير العقد الذي حلف عليه الاخر فاذا حلفا لم يظهر واحد من العقدين فبقيت
العين في يده تالفة من ملك غيره فيجب قيمتها من غير فسخ وفي مسئلتنا اتفقا على
عقد واحد فاذا لم يثبت الزيادة احتجنا الى فسخ عقد ثابت باتفاقهما والفسخ
ابتداء لا يقع فيها لك وبعض اصحابنا منعوا وقالوا انهما على هذا الخلاف
وهو الصحيح والمذكور في بعض الكتب قول محمد كذا ذكر علاء الدين العالمي في
طريقة الخلاف **واما** اذا اختلفا في مقدار الثمن حال قيام السلعة قبل
القبض فنقول كل واحد منهما مدع حقيقة منكر حقيقة لان البايع يدعي
تسليم الثمن الذي يدعيه مقابلا بهذا المبيع والمشتري ينكره والمشتري
يدعي تسليم المبيع بهذا القدر من الثمن الذي يدعيه والبايع ينكر فكان كل واحد
منهما منكرا حقيقة فجاز تحليفه **اما هنا** فبخلافه فان قلت صورة الدعوى
حاصلة

حاصلة من المشتري وان لم يكن مدعيا حقيقة فينبغي ان يكون الصورة كافية
لتوجه اليمين على البايع كما هو كافية لقبول بينة المشتري قلت الفرق
بين البينة واليمين ظاهر لان اليمين يتوجه على المنكر هاهنا عليه وهو واقف على
حقيقة الحال فلم يكتف بصورة الدعوى والبينة قول الشهود ولا وقوف
لهم ولا علم على حقيقة الدعوى فاكتفي بصورتها ولهذا اذا قال المودع رددت
الوديعة او هلكت واقام البينة على ذلك تقبل ولكن لا تحلف المالك وان
كان منكرا صورة لكون المودع مدعيا صورة وجملة القول هنا ما قاله في شرح
الطحاوي اذا اختلفا والمبيع هالك في يد المشتري سقط التحالف في قول ابي حنيفة
وابي يوسف والقول قول المشتري في الثمن مع يمينه فان حلف
اعطى ما قال وان نكل لزمه ما قال البايع وقال محمد يتحالفان ويترادان القيمة
وهلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف ولو اختلفا في مقدار القيمة بعد التحالف فالقول
قول المشتري مع يمينه ولو ادعى احدهما الهبة والاخر البيع فانهما يتحالفان
بالاجماع وان كان المعقود عليه هالكا ولو اتلف المعقود عليه اجنبي قبل القبض
وانقلب الى القيمة ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان بالاجماع لان القيمة قايمة
مقام العين وهذا الفصل ان حجة محمد **ثم** الهلاك على ضربين هلاك حقيقي
وهلاك حكمي **اما** الهلاك الحقيقي فظاهر وهو ان يهلك العبد او كان طعاما
فاكله او كان ثوبا فاحرقه وما اشبه ذلك مما يوجب الفوات والهلاك
الحكمي ان تخرج من ملكه كلا او بعضا وخروج البعض من ملكه في منع التحالف
بمنزلة خروج الكل عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه يؤدي الى تفريق الصفقة
على البايع الا اذا رضي البايع ان ياخذ القايم وحصة الهالك من الثمن بقول المشتري
فحينئذ يتحالفان ويترادان فيما بقي في ملك المشتري وعليه حصة الخارج من
ملكه بقوله وعند محمد خروج الكل من ملكه لا يمنع التحالف كذلك خروج البعض ثم
اذا تحالفا ينظر ان خرج الكل من ملكه فعلى المشتري رد القيمة او مثلها ان

ان كان مثليا وان خرج البعض من ملكه فانه ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرر
ويكون التبعيض فيه عيبا فالبايع بالخيار بعد التحالف ان شاء اخذ الباقي وقيمة
الهالك وان شاء رد الباقي واخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما ليس في تبعيضه ضرر
ولا يكون التبعيض فيه عيبا فللبايع ان ياخذ الباقي ومثل الفائت وان عاد الى
ملكه ثم اختلفا ينظر ان كان العود فسخا يتحالفان ويترادان العين وان كان
عاد على ملك جديد لا يتحالفان في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يتحالفان
ويترادان القيمة دون العين ولو اختلفا في الثمن بعد ما ازداد المبيع في يد
المشتري فالزيادة لا تخلو اما ان يكون متصلة متولدة من الاصل كالسمن
والجمال والحسن ونحوه او غير متولدة من الاصل كالصبغ في الثوب وكالبناء في الارض
والغرس ونحو ذلك او منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر او غير
متولدة كالهبة والكسب والغلة اما اذا كانت الزيادة متصلة متولدة من
الاصل فانه يمنع التحالف في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان الزيادة المتصلة
تمنع الفسخ في عقود المبادلات على قولهما وعند محمد لا تمنع الفسخ ويترادان
العين وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل فهو على الخلاف الا ان محمدا
قال يتحالفان ويترادان القيمة لان هذا هالك بطريق الحكم والهلاك لا
يمنع التحالف ولكن يرد القيمة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل
فانه يمنع الفسخ ويمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويترادان القيمة ايضا
وان كانت الزيادة منفصلة غير متولدة فانه لا يمنع الفسخ بالاجماع و
يتحالفان ويترادان المبيع دون الزيادة والزيادة للمشتري ويطيب له
ولو اختلفا في الثمن بعد ما انتقص المبيع في يد المشتري فانه ينظر ان كان
النقصان بافة سماوية او بفعل المشتري او بفعل المبيع فانهما لا يتحالفان
والقول قول المشتري على قولهما الا اذا رضي البايع ان ياخذه ناقصا ولا ياخذ لاجل
النقصان شيئا فحينئذ يتحالفان ويترادان العين وعند محمد يتحالفان ثم البايع
بالخيار

بالخيار ان شاء ترك واخذ القيمة وقال بعضهم على قوله ان اختار اخذ العين
ياخذ معه النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل
الاجنبي او بفعل البايع وجب الارش ويمنع التحالف في قولهما ويكون القول
قول المشتري وعند محمد يتحالفان ويترادان القيمة هذا كله اذا هلك المبيع
كله او بعضه هلاكا حقيقة او هلاكا حكما **واما** اذا كان المبيع قايما
ولكنه مات احد المتعاقدين او ماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين الوارثين او
بين احدهما وورثة الاخر فانه ينظر ان كان المبيع غير مقبوض فانهما
يتحالفان ويترادان الا ان اليمين على الورثة على العلم لانهم يحلفون على
فعل الغير وانما جرى التحالف بينهما لان القبض له شبه بالعقد ولو كان المبيع
مقبوضا فلا تحالف بينهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري
او ورثته بعده فانه لا تخفى مذهبهما ان هلاك المعقود عليه يسقط التحالف
فكذلك هلاك العاقدين وعند محمد يتحالفان ويترادان القيمة لان من
مذهبه ان هلاك المعقود عليه لا يمنع التحالف فكذلك هلاك العاقد وهذا
كله اذا اتفقا مع اختلافهما على ان الثمن دين ولو اختلفا في عين الثمن
وقيمته فادعى البايع ان الثمن عين وادعى الاخر الدين فاذا كان مدعي العين
هو البايع كما اذا قال بعت منك جاريتي بعبدك هذا والمشتري يقول
اشتريته منك بالف فان كانت الجارية قايمة يتحالفان ويترادان وان كانت
هالكة عند المشتري يسقط التحالف والقول قول المشتري وعند محمد
يتحالفان ولو كان مدعي العين هو المشتري وهو ان يقول اشتريت
جاريتك بغلامي هذا فقال البايع بعتها منك بالف درهم او بماية دينار فان كانت
الجارية قايمة يتحالفان وان كانت هالكة كذلك يتحالفان ويترادان القيمة في
قولهم جميعا فاما على قول محمد فلا يشكل واما على قولهما فلان وجوب اليمين
على المشتري لا اشكال فيه ووجوب اليمين على البايع ايضا ههنا لان المشتري

يدعي عليه التزام العين وهو الغلام وانكر البايع فيتحالفان لهذا المعنى ولو كان البايع يدعي
بعض الثمن عينا وبعضه دينا والمشتري يدعي الكل دينا فانه كان المبيع قايما يتحالفان
وان كان هالكا فعلى الاختلاف وان كان المشتري يدعي البعض عينا والبعض دينا نحو
ان يقول اشتريت منك جاريتك بغلامي هذا وبالف درهم وقيمة الغلام خمسماية وقال
البايع بعت منك جاريتي بالف درهم فان كانت الجارية قايمة يتحالفان ويترادان وان كانت
هالكة فانهما يتحالفان ايضا في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان الجارية يقسم
على قيمة الغلام وعلى الف درهم فما حاذى منها بازاء الغلام وهو ثلثها يرد المشتري
القيمة وما حاذى منها بازاء الالف وهو ثلثا الجارية يرد الالف درهم لا يرد القيمة
لان المشتري لو كان يدعي جميع الثمن عينا كانا يتحالفان ويترادان القيمة ولو كان
يدعي جميع الثمن دينا كان القول قوله ولا يتحالفان فلما كان يدعي بعضه دينا وبعضه عينا
يرد القيمة بازاء العين والقول قوله بازاء الدين وعند محمد يتحالفان ويترادان
جميع القيمة الى هنا لفظ الاسبيجابي في شرح الطحاوي قوله فان هلك
المبيع ثم اختلفا اي هلك بعد قبض المشتري ثم اختلف البايع والمشتري
في مقدار الثمن قوله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه اي على هذا الخلاف
لان خروج المبيع عن ملك المشتري هلاك حكما فالهلاك لا يمنع التحالف عند محمد
خلافا لهما قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي لان دعوى المشتري
يفيد ذلك وتذكير الضمير بتاويل الادعا قوله ولانه لا يبالي بالاختلاف
في السبب بعد حصول المقصود يعني ان العبرة لاتحاد المقصود لا
لاختلاف السبب وهذا جواب عما قال محمد ان كل واحد منهما يدعي غير العقد
الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكر معناه ان دعوى كل واحد منهما بهذا
الوجه اختلاف في السبب وهو العقد فلا يبالي به لان المقصود من العقد سلامة
المبيع للمشتري وقد سلم فيجعل دعوى المشتري كان لم يكن فلا يجري التحالف
قوله وانما يراعى من الفايدة ما يوجبه العقد هذا جواب عن قوله وانه يفيد
دفع

دفع زيادة الثمن يعني ان الفايدة ينبغي ان يكون مما يوجبه العقد للمشتري
ولزوم الثمن عليه حق البايع ولا فايدة للمشتري فيه فلا يكون ذلك من موجبات
العقد فلا يعتبر دعوى المشتري لعدم الفايدة قوله وهذا اذا كان الثمن
دينا فان كان عينا يتحالفان اي هذا الذي قلنا من عدم التحالف عند ابي حنيفة
وابي يوسف في صورة هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا كالدراهم والدنانير
او مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة فان كان الثمن عينا كالفرس والثوب
وذلك فهلك المبيع ثم اختلفا يجري التحالف لان كل واحد من العوضين في
المقايضة مبيع ومثمن فاذا هلك المبيع يبقى المبيع في الجانب الاخر فيتحالفان
ويردان القايم ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا والا فقيمته قوله قال
وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان
يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اي قال القدوري في مختصره ولفظ
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يشتري
عبدين فيقبضهما ثم يموت احدهما ثم يختلفان في الثمن ان القول قول
المشتري الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ شيئا وقال ابو يوسف
القول قول المشتري في حصة الهالك مع يمينه ويتحالفان ويترادان في
الباقي وقال محمد يتحالفان ويترادان على ذلك كله ويغرم المشتري قيمة
الهالك الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير في الينبوع قال فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير واصل هذه المسئلة ان البيع يعين اذا اختلفا في الثمن حال قيام السلعة
وجب التحالف بالسنة قبل القبض وبعده واذا هلك المبيع بعد القبض لم يتحالفا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وانما يحلف المشتري وقال محمد يتحالفان ويرد
المشتري قيمة الهالك او مثله فاذا كان المبيع شيئين فهلك احدهما لم يتحالفا
عند ابي حنيفة اصلا والقول قول المشتري فيهما وقال ابو يوسف
يتحالفان في القايم دون الهالك وقال محمد يتحالفان فيهما [illegible] فقد

سوى على اصله وانما اختلف ابو حنيفة وابو يوسف فوجه قول ابي يوسف
ان الهالك هو المانع فيتقدر الامتناع بقدره لان الحكم لا يزيد على العلة ولابي حنيفة
ان التحالف بعد القبض ثبت بخلاف القياس لما عرف ان البايع غير منكر وانما
ثبت بالسنة وانما وردت عند قيام السلعة وهو اسم لجميع المبيع فاذا هلك
بعضه فقد فات الشرط فان الحكم الذي تعلق به غير معقول والفقه من
وجهين احدهما ان التحالف في القايم انما يجب بحصته وهو مجهول يعرف
بالظن وان لم يقع التشاور بها فيتناول المشتري ذلك او البايع فيحلفان كاذبين على التاويل
والثاني ان التحالف شرع شطرا احضانا لتعود كل واحد منهما الى راس ماله فاذا
تضمن ضررا او شبهة ضرر كان مردودا وفي هذا ضرر تفريق الصفقة لان المبيع
خرج جملة وفي التفريق شبهة ضرر بخلاف الرد بالعيب لانه لا يمتنع بهذا
الضرر لان الرد بالعيب ثبت لدفع الظلم والضرر فاما هاهنا انما صير اليه رفقا
بهما فيبطل عند تمكن شيء من الضرر واذا ثبت هذا فعلى الطريق الاول لا تحالف
وان رضي به البايع فقوله في حنيفة الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ شيئا
ينصرف الى يمين المشتري اي يحلف الا ان يصطلحا على ان ياخذ البايع العبد الحي ولا يطالب
المشتري بشيء من الثمن ولا من القيمة وهذا معنى قوله هاهنا اي في الجامع الصغير لا
ياخذ شيئا وقال في البيوع ولا ياخذ من ثمن الميت شيئا لو وقع الصلح وعلى
الطريق الثاني لا يتحالفان الا ان يرضى البايع فيتحالفان قول ابي يوسف
وقوله ولا ياخذ شيئا اي من قيمة الهالك ومن الفضل الذي يدعي في حصته من الثمن
وهذا معنى قوله في الاصل من ثمن الميت اي من قيمته او من ثمنه الذي يدعي من الزيادة
وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وتفسير المسلتان البايع اذا قال
بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما بالف فقول ابي حنيفة يحلف المشتري
بالله ما اشتريتهما بالفين فان نكل عن اليمين لزمه الثاني وان حلف لزمه الالف ولا يتحالفان
الا ان يرضى البايع ان ياخذ الحي خاصة فان رضي بذلك يتحالفان فان كان المشتري
وقد حلف

قد حلف كما ذكرنا يحلف البايع بالله ما بعتهما بالف فان نكل عن اليمين ياخذ الف
درهم وان حلف فسخ البيع وياخذ البايع الحي وليس له غير ذلك واما عند
ابي يوسف يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفي درهم فان نكل عن اليمين لزمه
الفان وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالف درهم فان نكل لا ياخذ الا الف درهم وان
حلف يفسخ البيع في الحي فياخذه وفي حصة الهالك القول قول المشتري يحلف بالله
ما على لك من ثمن الهالك الا خمسمائة وان حلف يوخذ منه خمسمائة وان نكل لزمه
الف درهم وهذا اذا لم يختلفا في قيمة واحد منهما واختلفا في الثمن **واما** اذا اختلفا
في قيمة الحي او في قيمة الهالك ففي قيمة الهالك القول قول البايع لان المشتري ادعى زيادة
البراءة والبايع منكر فالقول قوله مع يمينه **واما** في الحي فينظر الى قيمته في الحال
فان كانت قيمته مثل ما قال المشتري او اكثر فالقول قوله مع يمينه وان كانت
قيمته فيما بين ذلك فالقول قول كل واحد منهما مع يمينه في مقدار القيمة وفي قول
ابي يوسف يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما جميعا بالفين فان حلف برئ وان
نكل لزمه الفان ثم يحلف البايع بالله ما بعتهما بالف فان نكل اخذ الالف وان حلف
فسخ العقد في الحي وتحلف المشتري في حصة الهالك وهو العبد الميت بالله ما
اشتريته الا بخمسمائة فان حلف يدفع خمسمائة وان نكل لزمه الالف حصة
الباقي وفي قول محمد يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بالفين وان حلف يحلف
البايع بالله ما بعتهما بالف وان حلف فسخ البيع فيهما جميعا فياخذ البايع
الحي وقيمة الهالك وان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول المشتري **اما**
مذهب ابي حنيفة فلان القول قول المشتري لان المشتري هو الذي
انكر الزيادة ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالاثر والاثر انما ورد في التحالف
اذا كانت السلعة قايمة بعينها لان النبي صلى الله عليه قال اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قايمة بعينها فالقول قول البايع او يترادان وشرط جميع السلعة وهنا
القايم بعض السلعة فلم يوجد الشرط الا ان البايع اذا رضي بان ياخذ الحي فلذلك

لانه لما رضي بذلك باذ خال النقصان على نفسه فصار كان لم يقع العقد الا على الباقي
كما انه لو اشترى شيئا فتغير المبيع في يدي المشتري ورضي البايع بذلك فانهما يتحالفان
ويترادان فكذلك هاهنا **واما** مذهب ابي يوسف فلان السلعة لو كانت كلها
قايمة يترادان الكل ولو كانت كلها هالكة كان القول قول المشتري فلما كان البعض
هالكا وبعضها قايما يترادان في القايم والقول قول المشتري في الهالك ولان
المبيع مرة ينتقض بالتحالف والتراد ومرة بالعيب ثم اتفقوا انه لو وجد باحدهما
عيبا والاخر هالك فانه يرد القايم بالعيب فكذلك هاهنا ثم اذا تحالفا يحلف المشتري
بالله ما اشتريتهما ولا يحلف بالله ما اشتريت هذا الحي خاصة وان كان العقد به
التحالف في الحي لانه لو حلف في الحي خاصة فلعله ديانا ولعله ذلك ويقول لما اشتريت
هذا الواحد بالف وان كان قد اشتراهما بالفين فاذا كان يؤدي الى هذا وجب ان
يحلف على العقد حتى لا يتأدى فيبطل حق صاحبه ثم تحالفا وتراد البيع في الحي
يحلف المشتري في ثمن الهالك مرة اخرى لان اليمين الاولى كانت لاجل التحالف فيحلف
مرة اخرى لما وجب عليه من الثمن كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير
قال فخر الاسلام هذا غلط وانما عليه يمين واحدة ولا معنى بان يحلف على عين
ما قد حلف عليه ثم قال الفقيه وينبغي ان يعلم ان هذه المسئلة اختلاف في اختلاف
احد الاختلافين ان من اصل ابي حنيفة وابي يوسف ان السلعة اذا كانت
هالكة او متغيرة لا يتحالفان الا ان يرضى البايع بسلعة متغيرة وفي قول
محمد يتحالفان والاختلاف الثاني بين ابي حنيفة وابي يوسف ان من اصل ابي حنيفة انه
يجعل هلاك احدهما تغيرا في الاخر وابو يوسف لا يجعل هلاك احدهما تغيرا
في الاخر **قوله** هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف
يعني ان المشايخ اختلفوا في الاستثناء المذكور في الجامع الصغير في قوله الا ان يشاء
البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ شيئا فقال عامة المشايخ ينصرف الى التحالف
اي لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن

الهالك

الهالك شيئا اصلا فيتحالفان لانه حينئذ صار الحي كل المبيع وقال بعضهم ينصرف الى
يمين المشتري وعليه مشايخ بلخ قال الصدر الشهيد في شرح الجامع وهو الصحيح
يعني القول قول المشتري مع اليمين الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من قيمة
شيئا مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت بل ياخذ ما يقر به المشتري
فحينئذ لا يحلف المشتري لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري لما كان ينكر
ما يدعيه البايع من الزيادة فاذا ترك البايع دعوى الزيادة فلا حاجة الى
استحلاف المشتري **قوله** ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله لما كان قول
ابي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما **قوله**
ما بيناه في القايم اي في المبيع الباقي على حاله اراد به ما ذكره بقوله وصفة اليمين
ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف الى اخره **قوله** واختلفوا في تفسيره على
قول ابي يوسف اي اختلف المشايخ في تفسير التحالف في قوله يتحالفان في القايم
دون الهالك قال بعضهم يتحالفان على القايم لان العقد ينفسخ في حقه لا غير والصحيح
انهما يتحالفان عليهما كما هو قول محمد وان كان ينفسخ في القايم لانه يمتنع من
الحلف على القايم لتاويل انه اشتراهما بذلك الثمن ولكن حصة القايم هذا
والصحيح انه يحلف المشتري اولا بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع من الثمن
وان نكل يثبت ادعاه البايع وان حلف لم يثبت ثم يحلف البايع ما بعتهما
بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل ثبت ما ادعاه المشتري وان حلف لم يثبت
فيرد المشتري القايم وينفسخ العقد فيه ويلزم على المشتري حصة
الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري ولا يلزم قيمة الهالك لان وجوب القيمة
حكم انفساخ العقد والعقد لم ينفسخ في الهالك عند ابي يوسف فيلزمه حصته
من الثمن فيقسم الثمن الذي اقر به المشتري على القايم والهالك على قدر قيمتهما
يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على السواء لزم المشتري
نصف الثمن الذي اقر به ويسقط نصفه وان تصادقا ان قيمتهما كانت على التفاوت

يسقط من الثمن بقدر قيمة القايم ويلزمه حصة الهالك فان اختلفا في قيمة
الهالك فقال المشتري كانت قيمته يوم القبض خمسماية وقيمة القايم يوم
القبض كانت الفا وقال البايع على عكس هذا فان كانت قيمة القايم في الحال
موافقا لقول احدهما كان القول قوله لان الحال يدل على ما قبله وان
لم يكن فالقول قول البايع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب الثمن الذي اقر به
المشتري ثم المشتري بدعواه ان قيمة الهالك كانت اقل يدعي سقوط
زيادة الثمن والبايع ينكره فكان القول قول البايع وايهما اقام البينة قبلت
بينته لانه اثبت دعواه بالحجة وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لان
في البينة يعتبر الظاهر لان الشاهد يقف على الظاهر والبايع يدعي في الظاهر
لانه يدعي زيادة القيمة في الهالك وفي اليمين يعتبر الحقيقة لان من عليه
اليمين يعرف الحقيقة والبايع هو المنكر حقيقة لانه ينكر سقوط بعض
الثمن الذي كان واجبا على المشتري كذا ذكر الامام العتابي وقاضي خان
وغيرهما قالوا في شروح الجامع اصل هذه المسلة ما ذكرها في كتاب البيوع
من الاصل في رجل اشترى عبدين فقبضهما ولم يود الثمن فرد احدهما بعيب
وهلك الاخر عنده سقط عن المشتري حصة المردود ويلزمه الحصة الهالك
فان اختلفا في قيمة الهالك فادعى المشتري الاقل والبايع الاكثر فالقول قول
البايع وان اقاما البينة فالبينة بينته ايضا لان بينة البايع تثبت زيادة
الثمن في ذمة المشتري والمشتري ببينته تنفي تلك الزيادة والبينات
شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قوله في بيوع الاصل اي
المبسوط قوله فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البايع يعني في
مسئلة الاصل قوله وان اقاما البينة فبينة البايع اولى في مسئلة
الاصل قوله وهذا الفقه اي اعتبار يمين البايع وبينته لمعنى فقهي وبين
الفقه بقوله وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة الى اخره وقد مر بيانه قوله

على احد

على احد العاقدين اي اذا كان يدعي عليه حقيقة لا صورة قوله والبايع
والبايع منكر حقيقة يعني ان المشتري يدعي سقوط زيادة الثمن و
البايع ينكر قوله وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف
اي الذي ذكره في بيوع الاصل يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف
في الجامع الصغير وهو ان القول للبايع قوله قال ومن اشترى جارية
وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول
اي قال في بيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل يشتري جارية بالف درهم فقبضها ودفع الالف ثم تقايلا البيع ثم اختلفا
في الثمن فانهما يتحالفان ويترادان ويعود البيع الاول الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وتاويل المسئلة اذا تقايلا ولم يدفع المشتري الجارية الى البايع حتى اختلفا
في الثمن فقال المشتري كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البايع كان
خمسماية فعلي رد خمسماية فانهما يتحالفان لان الاقالة بمنزلة بيع جديد
في حق الشرع وقطع المنازعة حق الشرع او نقول ان التحالف وارد في البيع بالسنة
والاقالة ليست ببيع في حق المتعاقدين بل هي فسخ في حقهما فكان ينبغي ان
لا يتناولها النص الا ان التحالف في باب البيع قبل القبض ثابت قياسا لمعنى
معقول وهو ان كل واحد منهما مدع ومنكر لان البايع يدعي زيادة الثمن
والمشتري ينكره والمشتري يدعي تسليم المبيع باقل الثمنين والبايع ينكره
فكان التحالف موافقا للقياس ولهذا عدينا هذا الحكم الى الاجارة والى الوارث
والى القيمة اذا استهلك المبيع في يد البايع غير المشتري فلما كان موافقا للقياس
تعدى الحكم الى الاقالة ايضا لان موضوع المسئلة فيما اذا تقايلا ولم يقبض
البايع الجارية فيتحالفان ويعود البيع الاول لانه لا يجب على واحد منهما ان يرد
على صاحبه شيئا وان اختلفا بعد قبض البايع الجارية بحكم الاقالة لا يتحالفان
في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان التحالف بعد القبض مخالف للقياس ويكون

القول قول البائع مع يمينه لانه ينكر زيادة ثمن يدعيه المشتري
ولا تحلف المشتري لان البائع لا يدعي عليه شيئا وعند محمد ينبغي ان يتحالفا
على قياس الفسخ اذا اختلفا بعد القبض لان النص عنده معلول بعد القبض
ايضا بالاختلاف في العقد المشروع قوله ما اثبتنا التحالف فيه بالنص
اي في التقايل وذلك لان النص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
فتحالفا وترادا ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين
بيع في حق غيرهما فاذا كان كذلك لم يثبت التحالف فيه بالنص بل بالقياس
وباقي التقرير مر آنفا قوله لان المسئلة مفروضة قبل القبض اي قبل
القبض البائع للجارية بحكم الاقالة قوله على ما مر اي في اول الباب قوله
والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري في صحة هي النسخة
المقابلة بنسخة المصنف وفي بعض النسخ فيما اذا استهلك المشتري او في
بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخاري على
حاشية كتابه الصحيح استهلك المشتري قوله قال ومن اسلم عشرة دراهم
في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود
السلم اي قال في بيوع الجامع الصغير صورتها محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا السلم ثم
اختلفا في راس المال ان القول قول المسلم اليه ولا يعود السلم اعلم
انه لا تحالف بعد اقالة السلم اذا اختلفا في راس المال فالقول قول المسلم
اليه مع يمينه واما لم يجز التحالف لان اليمين على المنكر ورب السلم يدعي فضلا في راس
المال والمسلم اليه ينكره فيحلف واما المسلم اليه لا يدعي على رب السلم شيئا فلا
يحلف لان المسلم فيه دين سقط بالاقالة والدين الساقط لا يحتمل العود
فلا يعود السلم لان الاقالة في السلم لا تحتمل الفسخ بخلاف الاقالة في البيع فانها
تحتمل الفسخ الا ترى ان راس المال لو كان عرضا ووجد المسلم اليه عيبا ورده
السلم

السلم ثم هلك العرض قبل التسليم لا ترتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو اشترى
عرضا فرده بحكم العيب في المسلم الى البائع حتى هلك يبطل الرد ويعود البيع قال
فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير والفقه فيه ان الاقالة في السلم حكمها
سقوط المسلم فيه عن ذمة المسلم اليه فلو انفسخت الاقالة كان حكم الانفساخ عود
المسلم فيه والساقط مما لا يحتمل العود لانه تلاشى اما حكم اقالة البيع ان
يعود المبيع الى ملك البائع فاذا انفسخت الاقالة يعود الى ملك المشتري والملك
مما يقبل الانتقال والوجه الثاني في انهما لا يتحالفان ما قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير انهما لما تقايلا افترقت الذي عليه السلم وصارت السلعة مستهلكة
والسلعة اذا كانت مستهلكة كان القول قول المشتري ولا يتحالفان فكذا ههنا
قال وهذا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف مستقيم لان من اصلهما ان المتبايعين
اذا اختلفا والسلعة هالكة كان القول قول المشتري ولا يتحالفان فكذا ههنا واما
مذهب محمد وقد فرق بين السلم والبيع فقال في البيع ان كانت السلعة هالكة
يتحالفان لان القيمة تقوم مقامها واما في باب السلم فلا تقوم القيمة مقام
السلم لانه لا يحتمل الرد بعد السلم الا باخذ راس المال او المسلم فلما لم تقم القيمة مقامه
لا يجوز ان يتحالفا لان اقالة السلم لا تحتمل النقض والرد بدليل انهما لو قصدا
ابطال الاقالة لا يجوز قوله فرده بالعيب اراد به قضاء القاضي بالرد
لا حقيقة الرد قوله بينهما اي بين السلم وبيع العين قوله قال
واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني
بالفين فايهما اقام البينة يقبل بينته اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي
حنيفة ولا يفسخ النكاح وصورة المسئلة في الجامع الصغير ما ذكرناها في كتاب
النكاح في باب المهر وهي محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
الرجل يتزوج المرأة فيختلفان في المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول

قول الزوج فيما زاد وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قول الزوج في نصف
المهر وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القول قول الزوج في المهر
طلق او لم يطلق الا ان ياتي بشيء قليل فلا يصدق **اعلم** ان الزوجين اذا
اختلفا في مقدار المهر فقال الزوج الف وقالت المراة الفان فان كان بعد
الدخول قبل الطلاق او بعد الطلاق تحكم مهر المثل حتى لو كان مهر المثل الفا
او اقل فالقول قول الزوج مع يمينه في انكار الزيادة بالله ما تزوجها على الفين
فان نكل اعطاها الفين على سبيل التسمية دراهم لا خيار للزوج فيها وان حلف لا يثبت
الفضل وايهما اقام البينة قبلت بينته فان اقاما جميعا كانت بينة المراة
اولى لانها اكثر اثباتا هذا اذا كان مهر المثل الفا او اقل **اما** اذا كان مهر
المثل الفين او اكثر فالقول قول المراة مع يمينها بالله ما رضيت بالف لانها
منكرة للحط الذي يدعيه الزوج فان نكلت يجب لها الالف باعتبار التسمية وان
حلفت يثبت لها الالفان الف منهما باعتبار التسمية والالف الاخرى باعتبار
تحكيم مهر المثل وللزوج خيار في هذه الالف ان شاء اعطاها دراهم كما سماها
وان شاء اعطاها من الدنانير ما يساوي الف درهم وايهما اقام البينة على دعواه
قبلت بينته لان كلا منهما مدع ظاهرا فاذا اقاما جميعا كانت بينة الزوج
اولى هو الصحيح لانها اكثر اثباتا لان بينة الزوج يثبت الاصل وهو سقوط حق
الالفين وبينة المراة يثبت صفة التسمية وهو وجوب المسمى دراهم ولا يثبت
الاصل لان الاصل وهو الالفان ثابت لها باعتبار تحكيم مهر المثل فالمثبت للاصل اولى
لكونه اقوى من المثبت للوصف واما اذا كان مهر مثلها الفا وخمسمائة
يجب التحالف لان كل واحد منهما مدع ومنكر اما الزوج فانه يدعي الحط والمراة
منكرة واما المراة فانها تدعي خمسمائة اخرى زيادة على مهر المثل والزوج ينكر
ذلك قالوا في شروح الجامع الصغير يبتدأ بالتحالف بالقرعة لانه لا رجحان
لاحدهما على الاخر وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبتدأ في التحالف
يمين

بيمين الزوج وذكر ان المهر في حكم الثمن والبضع كالمبيع وفي المتبايعين يبدأ
بيمين المشتري فكذلك هنا يبتدأ بيمين الزوج واليه ذهب الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي واليه ذهب صاحب الهداية ايضا في هذا المقام ولكن
لم يتعرض له في باب المهر ان نكل الزوج يثبت الالفان مسمى وان نكلت المراة يثبت
الالف واذا حلفا جميعا يجب الف وخمسمائة الالف باعتبار التسمية وخمسمائة
باعتبار تحكيم مهر المثل وللزوج خيار فيها فايهما اقام البينة قبلت بينته
وان اقاما جميعا تهاترت البينتان للتعارض ووجب مهر المثل الف وخمسمائة
الالف باعتبار التسمية وخمسمائة باعتبار تحكيم مهر المثل ويتخير الزوج
فيها وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد على تخريج ابي بكر الرازي لا يعني
ان التحالف في فصل واحد على تخريجه وهو ما اذا خالف مهر المثل قولهما فان
وافق قول احدهما فالقول قوله لان الظاهر معه وقال الشيخ ابو الحسن
الكرخي يجب التحالف على قولهما في الفصول كلها ثم تحكم مهر المثل قالوا
وهو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما ينعدم التسمية
بالتحالف لانه حينئذ يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى
مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي
وافقه مهر المثل وقال ابو يوسف القول قول الزوج مع يمينه ولا يحكم مهر
المثل الا ان ياتي بشيء قليل وذلك لان مهر المثل قيمة البضع والبضع ليس بمتقوم وانما
يتقوم بالتقويم ولا حاجة الى التقويم عند وجود التسمية ولان مهر المثل انما
يعتبر عند انعدام التسمية وقد اتفقا على اصل التسمية فلا تحكم مهر المثل ولا
معنى للتحالف الا للفسخ والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ ولهذا لا يصار الى
تحكيم المتعة اذا طلقها قبل الدخول بها فالنصف بقول الزوج وهذا لان المتعة
موجب نكاح لا تسمية فيه بعد الطلاق كمهر المثل قبل الطلاق ولابي حنيفة
ومحمد ان البضع متقوم عند النكاح ولهذا اذا لم يوجد التسمية تجب مهر المثل فلما

اختلفا في المسمى وجب تحكيم الموجب الاصلي وهو قيمة البضع اعني مهر المثل
ولا نسلم ان النكاح لا يحتمل الفسخ الا ترى انه يفسخ بخيار العتق وخيار البلوغ
وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم فاشبه البيع من هذا الوجه فوجب
التحالف وقول ابي يوسف الا ان يأتي بشيء قليل بلفظ الجامع الصغير وفي
المبسوط وشرح الطحاوي الا ان يأتي بشيء مستنكر وتكلموا في معناه قال
بعضهم هو ان يدعي الزوج اقل من عشرة دراهم وقال بعضهم هو ان يدعي ما
لا يتعارف مهرا لها كما اذا ادعى في مهر بنت الملك مثلا عشرين دينارا لا يصدق
على ذلك هذا كله اذا اختلفا بعد الدخول **اما** اذا اختلفا قبل الدخول
فالقول قول الزوج في نصف المهر اذا طلقها عند ابي حنيفة ومحمد ولا يحكم
متعة مثلها وهذا على رواية الجامع الصغير والمبسوط وقال في الجامع الكبير
يحكم متعة مثلها فان شهدت لاحدهما فالقول قوله مع يمينه وان كانت بين
الامرين يحلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح وعند ابي يوسف القول
قول الزوج مع يمينه الا ان يأتي بشيء قليل يكون في الظاهر وجه التوفيق
بين الروايتين ان وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين ولا فائدة في
تحكيم المتعة لان الزوج يعترف بنصف الالف والمتعة لا تبلغ ذلك غالبا وما
في الجامع فقد وضع المسئلة في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فافاد
تحكيم المتعة وجواب الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على المتعارف وهو
الاختلاف في الالوف كما ذكره في الاصل وهذا اذا كان الاختلاف في قدر المسمى **اما**
اذا كان الاختلاف في اصل التسمية لما انكر احدهما يجب مهر المثل بالاتفاق على
عندهما فظاهر لان الاصل تحكيم مهر المثل عندهما وكذا عند ابي يوسف لان في
المسئلة الاولى جعل القول قول الزوج لانه متعين وتعذر الاتفاق من الجانبين
على اصل التسمية وهنا انكر احدهما المسمى فلم يمكن القضاء بالتسمية فوجب
المصير الى مهر المثل واليها في شرط في باب المهر في شرحنا هذا **قوله** لان المهر تابع

فيه

فيه اي في النكاح **قوله** ولكن يحكم مهر المثل استثناء من قوله ولا يفسخ
النكاح **قوله** فان كان مثل ما اعترف به الزوج الى اخره وقع تفسير القول بتحكيم مهر المثل
قوله التحالف اولا ثم التحكيم اي ذكر القدوري في مختصره التحالف اولا اذا اختلفا
في المهر اذا لم يكن لها بينة ثم ذكر بعد ذلك تحكيم مهر المثل وهو قول الشيخ ابي الحسن
الكرخي رحمه الله **قوله** وسقوط اعتبارها بالتحالف اي اعتبار التسمية والبيان من اينا
قوله وتخريج الرازي بخلافه اي تخريج ابي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي لان ابا بكر
الرازي يقول بتحكيم مهر المثل اولا اذا وافق ذلك قول احدهما ثم يقول بالتحالف
اذا خالف قول احدهما وقد مر بيانه انفا **قوله** وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول
قول الزوج الا ان يأتي بشيء مستنكر **قوله** ولو ادعى على الزوج النكاح على هذا العبد
والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة ذكر هذه المسئلة تفريعا على مسئلة
القدوري قال في الايضاح وان ادعى الزوج ان المهر المثل هو هذا العبد وقالت المرأة
هذه الجارية فالكلام فيه كالكلام في الالف والالفين الا في فصل واحد وهو ان
مهر مثلها اذا كان مثل قيمة الجارية او اكثر فلها قيمة الجارية لان تملك الجارية لا يكون
الا بالتراضي فاذا لم يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت القيمة وقال
شمس الائمة البيهقي في الكفاية اذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية او اكثر فلها مهر مثلها
لا تجاوز قيمة الجارية وان كان اقل من قيمة العبد فلها مهر مثلها الا ان ترضى باخذ العبد
لان تمليك عين الحيوان لا يمكن الا اذا اتفقا عليه ولم يتفقا على تلك الجارية فرجع الى
قيمتها وقال في التحفة وعلى هذا اذا اختلفا في طعام بعينه فقال الزوج انكحتك وقالت
المرأة شرطت انكحتك لان العقد معقود عليه في الطعام المعين بخلاف القدر
في الثوب المعين فانه بمنزلة الصفة والاختلاف في قدر ما يتعلق العقد على قدره يوجب
التحالف **فاما** الاختلاف في الصفة في باب بيع العين فلا **واما** الذرع والكيل في الصفة
اذا كان في الذمة فهو معقود عليها فاذا اختلفا تحالفا وعلى هذا ايضا اذا ادعى
احدهما الف درهم والاخر مائة دينار فهو مثل الالف والالفين يعني ان مهر مثلها ان كان

مثل مائة دينارًا أو أكثر فلها المائة دينار لأن مهر المثل يقضى به من جنس الدراهم والدنانير
فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض بخلاف العبد والجارية لما ذكرنا ولو طلقها
قبل الدخول بها فلها نصف الألف بالاتفاق لأن مهر المثل لا يتنصف في الطلاق قبل الدخول
فلا يمكن التحكيم به فيجب المتيقن وهو نصف الألف وفي مسئلة الجارية لها المتعة إلا أن ترضى
أن تأخذ نصف الجارية لأنهما اتفقا على تسمية أحدهما فلم يمكن القضاء بنصف الأقل إلا
باختيارها بخلاف الألف والألفين وأما إذا كان المهر دينًا فاختلفا في جنسه
أو نوعه أو صفته فهو كالاختلاف في العبد والجارية كذا في التحفة وذلك لأن الدين غائب
مذكور فيختلف أصله باختلاف وصفه قوله وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء
المعقود عليه تحالفا وترادا هذا لفظ القدوري في مختصره وقال صاحب الهداية معناه
اختلفا في البدل أو في المبدل أراد بالبدل الأجرة وبالمبدل المنافع التي وقع
عقد الإجارة عليها وإنما وجب التحالف قبل استيفاء المعقود عليه عند اختلافهما
لأن التحالف في باب البيع قبل قبض المبيع على وفاق القياس على ما تقدم بيانه في
أول الباب فتعدى من البيع إلى الإجارة لأن الإجارة نظير البيع من حيث أنه عقد
معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع فصار الاختلاف في الإجارة قبل
قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فيجري التحالف هنا كما يجري ثمة
قال شمس الأئمة البيهقي في كتاب الإجارات من الكفاية اختلفا في قدر الأجرة قبل
القبض فقال المستأجر بخمسة وقال الآخر بعشرة أو في المدة فقال الآجر شهرًا و
قال المستأجر شهرين أو المسافة فقال هذا إلى القصر وذلك إلى الكوفة تحالفا
ويفسخ الإجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ومن أقام بينة يقبل فإن أقاما
فالبينة للمؤاجر إن كان الخلاف في قدر الأجرة أو نوعها أو جنسها فأما إن كان في المدة
فللمستأجر ويبدأ بيمين من كان تسميته أولى فأما ما الابتداء داخل في باب الفائدة
فإن ادعى كل واحد فضلًا فيما يطالب في قضائنا فيما يطلب الآجر وقال الآجر إلى تلك
إلى القصر بعشرة وهو يقول إلى الكوفة بخمسة فالتحالف والنكول وقبول البينة على ما ذكرنا
وإن أقاما

وإن أقاما البينة تقبل بينة كل واحد على الفضل الذي يدعيه كذا في الكفاية قوله
وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر هذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لأن فائدة التحالف فسخ العقد والترادّ وبعد استيفاء المنافع لا يمكن
الفسخ فيها لاضمحلالها وتلاشيها ولأن اليمين على المنكر والمستأجر لا يدعي على المؤاجر
تسليم المنافع لأن المستأجر استوفاها فلا يكون المؤاجر منكرًا فلا يجري التحالف
وإنما اليمين على المستأجر لأنه المنكر للزيادة التي يدعيها المؤاجر وهذا على أصل أبي
حنيفة وأبي يوسف ظاهر لأن هلاك المعقود عليه في البيع يمنع التحالف عندهما أما
عند محمد فإنما لم يمنع الهلاك التحالف في باب البيع لأن العين متقومة بنفسها فكانت
القيمة قائمة مقام العين وفي باب الإجارة المنافع ليست متقومة بأنفسها بل
بالعقد فإذا انفسخ العقد بالتحالف لا يبقى العقد ولا يتقوم المنافع بلا عقد فلهذا لم يجر
التحالف عنده أيضًا فوجب الرجوع إلى قول المستأجر لأنه هو المستحق عليه ومتى وقع
الخلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه مع يمينه قوله وإذا امتنع
أي التحالف قوله وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ
العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لأن كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدًا مبتدأ لأن العقد في باب الإجارة تنعقد
ساعة فساعة فكان الباقي من المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف هلاك
بعض المعقود عليه في باب البيع فإنه يمنع التحالف على مذهب أبي حنيفة لأن العقد
ورد على الجملة دفعة واحدة فلا يكون البعض كالمنفرد بالعقد فإذا سقط التحالف
في البعض سقط في الباقي أيضًا لأن الجملة مملوكة بعقد واحد فظهر الفرق وجعل
القول في الماضي قول المستأجر لأنه المستحق عليه وهو المدعى عليه فكان القول قوله مع
يمينه قوله قال وإن اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي
حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يتحالفان ويفسخ الكتابة أي قال القدوري
في مختصره وهو قول الشافعي كذا في شرح الأقطع وجه قولهما أن

كل واحد منهما مدعٍ من وجه ومنكر من وجه لان المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان كما في الاختلاف في الثمن وابو حنيفة يقول يوجب العقد للحال فك الحجر في حق اليد والتصرف وذلك سالم للعبد وانما ينقلب مقابلاً بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي الاختلاف في الحال في قدر البدل لا غير والعتق قبل الاداء عدم فلم يكن للحال مقابلة ولا اختلاف فيه فلا يتحالفان كذا في اشارات الاسرار **قوله** قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فهو للرجل وان مات احدهما واختلف ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج في الطلاق والموت وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته والطلاق **والموت** سواء وان كان احدهما مملوكاً فالمتاع للحر في حالة الحيوة وللحي بعد الموت وقال العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير واذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح بينهما قائم او طلقها فادعى كل واحد منهما ان الكل له قال اصحابنا ما يصلح للرجال مثل العمامة والقلنسوة والخفين والاسلحة والكتب ونحو ذلك فالقول فيها قول الرجل لان الظاهر شاهد له وفي الدعاوي القول قول من يشهد له الظاهر وما يكون للنساء كالوقاية والملاءة ونحوها فالقول فيها قول المرأة لان الظاهر شاهد لها **واما** المشكل وهو ما يصلح لهما كالفرس والشاة والعبد والخادم والاواني والامتعة والذهب والفضة والعقار فعند ابي حنيفة ومحمد القول فيه قول الرجل مع اليمين وعند ابي يوسف القول قولها في جهاز مثلها مع اليمين وفيما زاد على ذلك القول قول الزوج مع اليمين لان

لان في العقد اي جهاز المثل الظاهر شاهد لها فان العادة انها تاتي بالجهاز فكان القول قولها مع اليمين ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان المرأة وما في يدها كلها في يد الزوج لان المرأة في يد الزوج الا ترى انه لو تنازع رجلان في امرأة وهي في بيت احدهما كان القول قوله باعتبار ان المرأة في يده والاثنان اذا تنازعا في شيء هو في يد احدهما كان القول قول صاحب اليد بخلاف ثياب بدنها وما يصلح لها لان في ذلك وجد ظاهر يشهد لها الظاهر من يد الزوج فجعلنا القول قولها وصار هذا كالاجير مع المستاجر اذا اختلفا في متاع الحانوت كان القول قول المستاجر والاجير الا على ما عليه من ثياب بدنه وما قال ابو يوسف قلنا للجهاز قد يكون وقد لا يكون وقد يبقى فلا يبطل به يد الزوج وقال مالك وهو احد قولي الشافعي الكل بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو اليد وقال زفر ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة والمشكل بينهما نصفان وقال ابن ابي ليلى الكل للرجال الا ما على المرأة من ثياب بدنها وقال الحسن البصري ان كان البيت للمرأة فالمتاع كله لها لان يد صاحب البيت على ما في البيت اقوى واظهر من يد غيره فيقضي بالكل لصاحب البيت هذا اذا كانا حيين فان مات احدهما واختلف الباقي مع ورثة الميت قال ابو يوسف ومحمد الجواب فيه كالجواب فيما اذا كانا حيين لان ورثة الميت تقوم مقام الميت وعند ابي حنيفة المشكل للباقي منهما رجلاً كان الباقي او امرأة **اما** اذا كان الباقي هو الرجل فلا يشكل وان كان الباقي المرأة فلذلك فان بعد الموت المال في يدها حقيقة والميت لا يد له والمرأة تكون في يد الرجل حال حيوته لا بعد وفاته فالورثة يدعون ما في يدها وهي تنكر فكان القول قولها وهذا اذا كانا حرين فان كان احدهما حراً والاخر رقيقاً فان كان مأذوناً له في التجارة او مكاتباً فعلى قول ابي يوسف ومحمد الجواب فيه كالجواب في الحرين لان لكل واحد منهما يداً معتبرة الا ترى ان حراً وعبداً او مكاتباً وحراً لو تنازعا في شيء

هو في ايديهما جعل بينهما لاستوائهما في اليد وعند ابي حنيفة المال للحر منهما ايهما
كان لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ولان يد الحر يد نفسه ويد العبد يد المولى من
وجه فكان اعتبار يد الحر اولى ووجه اخر لابي حنيفة انهما تنازعا في مال
ثبتت يدهما بسبب النكاح فكانت المنازعة بينهما واقعة في حكم من احكام
النكاح والمكاتب والماذون بمنزلة المحجور في ذلك لان النكاح لا يدخل تحت
الاذن والكتابة وفي المحجور يقضى بالمتاع للحر منهما كذلك في الماذون وفي المكاتب
هذا اذا كانا حيين فان كان احدهما ميتا فالقول قول الحي منهما سواء كان
حرا او مملوكا فان كان الحي حرا فلا اشكال لان يده حالة الحيوة تعتبر للحي منهما فبعد
الموت اولى وان كان الباقي مملوكا فكذلك لانه لا يد للميت حتى يبطل يد العبد ببقا
ئه كذا ذكره فخر الدين قاضي خان وقال في شرح الطحاوي وبه يفتى قولنا انه للرجل
او للمراة اي يجعل في يده حتى يكون القول قوله مع يمينه وعلى الاخر البينة **قوله**
ظاهرا اقوى منه وهو يد الانتفاع قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
اما ابو حنيفة ومحمد وزفر كلهم اتفقوا ان ما كان للرجل فهو للرجل وهذا لا اشكال
لانه في يده وهو القايم عليها وما كان للمراة فهو للمراة لان المراة اكثر استعمالا وفي
الاستعمال يد على اليد والقضاء بشهادة الحال جائز لقول الله عز وجل
وان كان قميصه قد من دبر فكذبت واذا ثبت ان القضاء بشهادة الحال جائز فالحال
شاهدة للمراة لانها اكثر استعمالا **اما** اذا كان مشكلا فان المراة ففيه
اتفاق بين ابي حنيفة ومحمد انه يقضى للزوج وانما يظهر الاختلاف بين ابي حنيفة
ومحمد في حرف واحد اذا مات الزوج وبقيت المراة ففي قول ابي حنيفة يقضى
للمراة وفي قول محمد يقضى لورثة الزوج **اما** مذهب ابي حنيفة فان للمراة
يدا حقيقة والزوج يد مجازية لانه لما مات فقد زالت يده عما كان في يده
وانما جعلت يد الورثة بمنزلة يده على طريق الحكم والمجاز وللمراة يد حقيقة
لان يدها باقية ويد الحقيقة اولى بالاعتبار من يد المجاز **اما** مذهب محمد فان الورثة
قاموا

قاموا مقام المورث فصارت خصومتهم بمنزلة خصومة المورث ولو كان الميت
في الاحياء كان احق به فكذلك وارثه **واما** مذهب ابي يوسف ان الزوج هو القايم
على المراة وما في يدها كانه في يده فينبغي في القياس ان يقضى للزوج كما قال
ابن ابي ليلى الا ترى ان رجلا لو كان يعول اجنبيا او غيره واختلفا في متاع البيت
فالقول قول الرجل في قولهم جميعا فكذلك بعد الا انا استحسن في جهاز مثلها
الا ان الحال شاهدة لها بذلك المقدار **واما** مذهب زفر ان المشكل بينهما نصفان
لان يدهما قد استوت في ذلك وليس احدهما اولى من الاخر **قوله** وقال
ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه اي في
المشكل كذا قال بعض الشارحين استدلالا لما ذكره في شرح الجامع الصغير
واشارة كتاب الاشارات ان قوله في المشكل وغيره كذلك لانه قال فيها
اذا اختلف الزوجان في متاع البيت قال ابو يوسف يعطى للمراة جهاز مثلها
باعتبار الظاهر والعادة والظاهر يصلح للترجيح وما بقي فللرجل قال
ابو حنيفة ومحمد ما يصلح للرجال فهو له وما يصلح للنساء فهو لها اعتبارا
بيد الاستعمال وما كان مشكلا فهو للرجل لانه اقوى فانه القوام وهي في
التحقيق في يده فاما اذا مات احدهما قال ابو حنيفة المشكل للحي
ايهما كان وقال محمد للزوج او لوارثه ان كان ميتا الى هنا لفظ الاشارات

فصل

فيمن لا يكون خصما لما ذكر احكام من
يكون خصما شرع فيما لا يكون خصما وقدم الاول لان الكتاب كتاب
الدعوى وهي عبارة عن الخصومة فجر الكلام الى ذكر من لا يكون خصما ذكره
بعده **قوله** ولو قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغايب او رهنه
عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين
المدعي وهذه مسئلة القدوري وهي تسمى المسئلة المخمسة وهي من مسائل كتاب
الدعوى من الاصل وقد ذكرت في الكتب في مواضع كثيرة وسميت مخمسة لما فيها من الخلاف

في مواضع خمسة كذا ذكر الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير هذا الذي ذكره
القدوري اذا كان العين قايما اما اذا هلك فلا يندفع الخصومة بدعوى هذه الاشيا
الا ترى الى ما ذكر في الجامع في باب الرجل يكون خصما فيما لو ملكه بيده عبد مات
في يد انسان فادعى على انسان عليه ضمان العبد واقام ذو اليد بينة انه كان وديعة
فلان ونحوه لا يندفع الخصومة عنه لانه يدعي الدين في ذمته ويجوز ان
يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامنا قال الامام العتابي في شرح
الجامع الكبير زاد ابو ثوبة في بد المسالة ادعى رجل عليه انها له فقال ذو اليد
هو لفلان الغايب اودعنيه او اعارنيه او اجرنيه او رهنه مني او غصبته منه
فهي خمسة اوجه وتسمى مخمسة لهذا فان لم يكن له بينة على ذلك لم يندفع عنه
الخصومة الا على قول ابن ابي ليلى لانه متهم في قصد دفع الخصومة عن نفسه فلا يسمع
عن غير حجة وان اقام ذو اليد بينة على ذلك فان ذكر الشهود اسم الغايب ونسبه
يقبل البينة على وصول العين اليه من الغايب ويندفع عنه الخصومة بالاجماع
الا على قول ابن شبرمة ولا يقبل على اثبات الملك للغايب لان ذا اليد خصم
فيما يحتاج اليه لدفع الخصومة وذلك باثبات وصول العين اليه من جهة الغايب
اما لا حاجة له في اثبات الملك للغايب فلم يكن خصما عنه في اثبات الملك
الا ترى ان الشهود لو قالوا ان فلانا الغايب دفعها اليه ولا ندري اكان ملكه ام لا يقبل
شهادتهم على الدفع ويندفع الخصومة عن ذي اليد وقول ابي يوسف اولا كقول
ابي حنيفة ومحمد اذا اقام البينة ان فلانا اودعه نعرفه باسمه ووجهه حيث تقبل
الشهادة ويندفع الخصومة كذا ذكر خواهر زادة في مبسوطه وروي عن ابي يوسف
ان ذا اليد اذا كان مشهورا بالتزوير والافتعال فالقاضي لا يسمع هذا الدفع منه اذا دفع
عنه كونه متهما في الدفع على ما عرف في الدعوى معناه ما قال الامام شيخ الاسلام علا
الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ان العادة قد جرت بان يدفع ماله الى الرجل
ليودعه اياه ثم يغيب فلا يتوجه عليه الخصومة فمتى اتهم لا يقبل بينته فان قال
الشهود

٢ فقال

الشهود نعرفه فلانا الغايب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع
الخصومة في قول ابي حنيفة وابي يوسف انه ثبت وصول العين الى ذي اليد
من جهة غير المدعي فيثبت ان يده يد غيره وانه ليس خصم وهذا لانه لو نفع
الخصومة منه كما لو اقر المدعي بذلك يندفع الخصومة فكذلك ههنا وعند محمد لا يسمع
البينة ما لم يذكروا اسم الغايب ونسبه لان ذا اليد خصم باعتبار اليد وهو يملك
نقل الخصومة الى غيره اما لا يملك ابطال الخصومة لا حق المدعي ومتى صار الغايب
معروفا بالاسم والنسب كان نقلا واذا لم يصر معروفا لا يتمكن المدعي من الخصومة
معه فيكون ابطالا لحق المدعي وان قال الشهود اودعه رجل لا نعرف
اسمه ونعرفه بوجهه وقال ذو اليد اعرفه بوجهه لا يندفع الخصومة
لان هذا للمجهول ولعل المودع هو المدعي فلعله اعتبار كون المدعي هو المودع
لم يندفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا يندفع الخصومة بالشك وان قال
الشهود نعرفه بوجهه وقال ذو اليد لا اعرفه بوجهه لا يقبل لانهم
شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذو اليد فصار مكذبا لهم في بعض شهادتهم فان
قال ذو اليد اعرفه بوجهه وشهوده شهدوا انه اودعه رجل فالقاضي يسال
الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا يقبل
شهادتهم وان شهدوا على المدعي انه اقر ان رجلا دفع اليه يقبل ويندفع
الخصومة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو اقر المدعي عند القاضي
ان رجلا دفعه اليه لا اعرفه بوجهه ونسبه يندفع الخصومة فكذا هنا
وهذا لان الشهادة حصلت بالمعلوم وهو اقرار المدعي فيقبل لكن المقر له
مجهول وجهالة المقر له لا يمنع صحة الاقرار فاما جهالة المشهود له فيمنع
قبول الشهادة ولو لم يكن لذي اليد بينة على الايداع عنده حتى قضى القاضي به
للمدعي ثم وجد ذو اليد بينة على الايداع لا تسمع والقضا للمدعي ماض وهذا
بخلاف ما اذا اقام الخارج البينة على النتاج او على الملك المطلق على ذي اليد

وقضى القاضي به ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج حيث يبطل القضاء للخارج لانه
ظهر به بطلان القضاء ولو قال المدعي هذه الدار كانت دار فلان الغائب اشتريتها
منه وقبضتها منه ونقدت الثمن وقال ذو اليد ان فلانا ذلك اودعها عندي وانكر
شراه فلا خصومة بينهما لانهما اتفقا انها ملك الغائب وصلت اليه من جهته
لانه ليس بخصم قاله الجابي ولو ان المدعي ادعى على ذي اليد انه غصبها منه
او اودعها او اعارها اياه او اجرها او رهنها وقبضها ولو اقام ذو اليد البينة انها
وديعة فلان لا يندفع الخصومة لانه يدعي عليه الفعل بان يكون يده يد الغير فلا
يكون بيده لا يتبين ان الفعل لم يوجد منه فان الكل مما يدعي عليه صار بمنزلة دعوى
الغصب عليه ثم في كل موضع صار ذو اليد خصما وقضى بالعين للمدعي ثم حضر
المقر له واقام البينة على المدعي ان العين له تقبل بينته لانه لم يصر مقضيا
عليه بالقضاء على ذي اليد لان ذا اليد لم يتعلق له الملك من جهته ولم يثبت
كونه مودعا فلا يحتج يكون يده كيد المقر له فكان المقر له اجنبيا واخر سواء
ولو ان المدعي ادعى الشراء من ذي اليد فاقام ذو اليد البينة انها وديعة فلان
لا يندفع الخصومة لانه يدعي عليه البيع **وحكي** عن القضاة الثلاثة وهم
القاضي ابو الهيثم والقاضي ابو سعيد البردعي والقاضي ابو خازم ان تاويل المسئلة
اذا لم يذكر الشهود نقض المبيع لانه حينئذ يدعي عليه التسليم **اما اذا**
ذكروا القبض والتسليم كان بمنزلة ما اذا شهدوا بالملك المطلق فيندفع
الخصومة وقال غيرهم لا يندفع الخصومة وان ذكروا القبض لان دعوى الشراء
معتبر فان القاضي لا يقضي بالزوائد المنفصلة ولا يرجع الباعة بعضهم على البعض
كذا اذا ادعى المدعي ان التبرع هبها او تصدق بها على المدعي وقبضها منه او اجرها
او رهنها منه وقبضها وعن القضاة الثلاثة ههنا جواب مستقيم في الهبة
الاجارة مع القبض لازم ولم القبض فيهما من حقوقهما فلا يندفع الخصومة به **اما**
في الهبة والصدقة فمع القبض كان كدعوى الملك المطلق فيندفع الخصومة وقال
غيرهم

غيرهم دعوى الهبة والصدقة معتبرة كما ذكرنا في الشراء كذلك ذكره الامام العتابي في
شرح الجامع الكبير **قوله** لعدم الخصم عنه اي عن الغائب لان الغائب لم يوكله
باثبات الملك وللخلل لم يقبل هذه البينة فكانه لم يقم البينة **قوله** في بينها
من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة والقبض يعني ان بينة المراة على الطلقات
الثلاث يقبل في حق قصر اليد الوكيل عن نقلها لا في حق الطلاق **قوله** ولا يندفع
الخصومة بدون اقامة البينة وقال ابن ابي ليلى يعني ان عند ابن ابي ليلى يندفع الخصومة
بمجرد اقرار ذي اليد انه لفلان الغائب اودعه اياه او اجره او غصبته منه وجه قوله
ان الثابت بالاقرار اذا صح كالاقرار كالثابت بمعاينة او كالثابت بالبينة ولو ثبت
للمدعي بمعاينته فان علم القاضي ان فلانا الغائب اودعه هذا المال واقام البينة على
ما ادعى من الايداع اندفعت الخصومة عنه فكذلك اذا اقر وصح اقراره لان الحيلة في
الاقرار من ذي اليد صحيح والدليل عليه ان الوكيل المقر له حاضرا فصدقه اندفعت
الخصومة عنه كما لو ثبت الايداع بالبينة او بالمعاينة **قوله** وقال ابو يوسف ان كان
الرجل صالحا فالجواب كما قلناه اي يندفع الخصومة باقامة البينة وان كان معروفا
بالحيل لا يندفع عنه الخصومة يعني بان اقام البينة على انه وديعة لانه يجوز
ان ياخذ زيد مال اخر ويدفعه الى عمرو ثم يدفعه الى زيد عند الشهود ويقول انه
وديعة ثم اذا ادعاه انسان على ذي اليد فاقام البينة على انه وديعة لا يقبل هذه البينة
دفعا للتزوير والحيل قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ما ذهب
اليه ابو يوسف استحسان ذهب اليه بعدما ابتلي بالقضاء لانه مارس
القضاء فوقف على احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالا قياس لان
البينات حجج متى قامت تجب العمل بها ولا يجوز تعطيلها بمجرد الوهم وانا اقول
لا تندفع الخصومة باقامة البينة على الوديعة ونحوها وان لم يعرف المحتال بالحيل
لفساد زماننا وغلبة التزوير فيه والغالب كالمتحقق **قوله** ولو قال
الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة اي لا نعرفه اصلا لا باسمه ونسبه

ولا بوجهه وفي المسئلة الاولى عرفوه بوجهه واسمه ونسبه **قوله** ولو قالوا
نعرفه بوجهه ولا نعرف اسمه ونسبه فلا الجواب عند محمد للوجه الثاني
اي لا يندفع الخصومة لانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه **قوله**
وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى اي هذه المسئلة من مسائل كتاب
الدعوى من الاصل تسمى مخمسة لما فيها من خمسة اوجه لان البدل قال
هذه وديعة او عارية او اجارة او رهن او غصب او تسمى مخمسة لان فيها خمسة
اقاويل العلماء الثلاثة ولابن ابي ليلى ولابن شبرمة **وهما** من فقهاء التابعين
بالكوفة **ولد** عبد الله بن شبرمة سنة اثنين وسبعين من الهجرة ومات سنة
اربع واربعين ومائة ومحمد بن عبد الرحمن ابن ابي **ليلى** قاضي الكوفة ولد سنة
اربع وسبعين ومات سنة ثمان واربعين ومائتين كذا في طبقات الفقهاء **قوله**
وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم هذا لفظ القدوري يعني اذا ادعى على
ذي اليد عينا فقال ذو اليد اشتريتها من الغائب لا يندفع الخصومة لان هذا
القول يتضمن الملك والبدل في الحال ذو اليد الغائب غاية ما في الباب ان ذلك
كان للغائب قبل هذا فلا يخرج بذلك عن الخصومة كما لو ادعى ذو اليد الملك مطلقا
قوله وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا يندفع الخصومة وان
اقام ذو اليد البينة على الوديعة وهذه ذكرت في بعض نسخ المختصر ولم يذكر
في البداية والنافع وهي مذكورة في الجامع الكبير وقد مرت **اعلم** ان المدعي اذا ادعى فعلا
على ذي اليد وقال الدار داري اودعتها عندك او استاجرتها مني او رهنتها
او غصبتها مني وقال الذي في يده الدار انها لفلان الغائب اودعنيها او غصبتها منه
وغير ذلك واقام على ذلك البينة فان الخصومة لا تندفع عنه والفرق بين ما
اذا ادعى الملك مطلقا او ادعى الفعل ان في الفصل الاول انتصب ذو اليد خصما
بيده وبدليل انه لو لم يكن في يده لم يكن خصما لان دعوى الملك لا يصح على غير
ذي اليد فاذا اثبت ان يده يد غيره كان الخصم ذلك الغير وفي هذه المسئلة انتصب
خصما

بهما [illegible] القسمة بينهما [illegible] قولين [illegible] لم [illegible]

[illegible]

ولنا

[illegible]

ولانها

ولانهما [illegible] الاستحقاق [illegible] فيما يصح [illegible]

بينهما [illegible] خلاف

[illegible]

ولنا

[illegible]

حكم ... سواء كان ... كذا في مختصر الاسرار

[illegible]

امراة

امراة كل واحد منهما يدعي انها امراته واقاما البينة فان كان في بيت
احدهما او كان دخل بها احدهما فهي امراته لان تمكنه من الدخول بها او من
نقلها الى بيته اخر دليل سبق عقده الا اذا اقام الاخر بينة انه تزوجها قبله
حينئذ يسقط اعتبار دليل السبق عند التصريح بالسبق وان لم يكن في بيت
احدهما ولا دخل بها احدهما فان وقتا وقتا الاول اولى وان لم يوقتا او وقتا
وقتا واحدا فالذي ذكرت بينته اولا او الذي ذكرت البينتان تسال المراة عن ذلك
فان لم تقر المراة بنكاح احدهما يفرق بينها وبينهما وان اقرت لاحدهما انه تزوجها
قبل الاخر فهي امراته الا اذا اقام الاخر بينة انه تزوجها قبل هذا وهذا لان
العمل بالبينتين متعذر فسقط اعتبارهما وبقي تصادق احد الزوجين
مع المراة فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما وهذا كله اذا كان التنازع حالة
قيام المراة فاما اذا كان بعد وفاة المراة فهذا على وجوه ولا يعتبر فيه
الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي بالنكاح له والميراث له
ويجب عليه تمام المهر وان لم يورخا او ارخا على السواء فانه يقضي بالنكاح بينهما
ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد
فرق بين الدعوى حالة الحيوة وبين حالة الدعوى بعد الوفاة والفرق ان المقصود
في حالة الحيوة هو المراة وهي لا تصلح مشتركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث
وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب من الابوين ويرث
الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزي هكذا ذكرت
الفصول وذكر في الفصول ايضا عن نكاح الذخيرة اذا ادعى النكاح بحضرة من
الشهود لا بد ان يذكر سماع الشهود كلام المتعاقدين لان بين العلماء اختلافا
في ان سماع الشهود كلام المتعاقدين هل هو شرط والاصح انه شرط فلا بد من ذكره ليصح
الدعوى **قوله** فصاحب الوقت الاول اولى لان السبق من اسباب الترجيح
قوله وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما فالـ

شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في اخر باب الاختلاف في الاوقات في الدعوى
من شرح الكافي ولو ادعى رجلان عبدا في ايديهما ولا بينة لهما فقال العبد انا لاحدهما
هذا بعينه لم يصدق وهو قولهما لان ايديهما دليل الملك على العبد لانه ليس له يد
في نفسه فلا يقبل قوله بخلاف ما لو ادعيا امراة في ايديهما فاقرت لاحدهما حيث
يقضى بها له لان المراة ليست في يد احد لانها في يد نفسها فيعتبر اقرارها بالزوجية
قوله لان البينة اقوى من الاقرار لان البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة
قوله فلا ينقض بمثله يعني لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل
الاولى بل دونها لان الاولى تاكدت بالقضاء وهذا لان في الظنيات لا ينقض
المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الراي بالراي الا اذا ثبت سبق التاريخ في الثانية فحينئذ ينقض
الاولى لكونه خطا يقينا قوله قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد الى قال القدوري في مختصره وهما فيه واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار
ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك وتمام البيان هنا ما ذكره شيخ
الاسلام ابو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه فقال هذا على وجهين اما ان ادعيا
الشراء من واحد او ادعيا الشراء من اثنين وكل واحد من ذلك لا يخلو من ثلاثة
اوجه اما ان كان العين في يد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما وكل وجه من
ذلك لا يخلو من اربعة اوجه اما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء
او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر او ارخا وتاريخ احدهما اسبق فان ادعيا الشراء
من واحد والعين في يد ثالث ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء فانه
يقضى بالدار بينهما نصفين لاستوائهما في الدعوى والحجة والتاريخ وعدم
التاريخ والمقضي به مما يحتمل الاشتراك يوجب القضاء بينهما نصفين
كما لو ادعيا ملكا مطلقا ثم يخير كل واحد منهما ان شاء اخذ نصفها بنصف الثمن وان
شاء ترك لان كل واحد منهما اثبت شراءه على جميع الدار وقد استحق عليه النصف
ببينة صاحبه فيتخير في الباقي لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان

اختار

بوبكر

اختار الاخذ رجع كل واحد منهما على البايع بنصف الثمن ان كان نقده الثمن وان
لم ينقده ادى كل واحد منهما الى البايع نصف الثمن وان اختار الرد سلم الدار كلها
للبايع ورجع كل واحد منهما على البايع بجميع الثمن ان كان نقد وان لم يكن نقد
فلا شيء لواحد منهما على البايع فان اختار احدهما الاخذ ورد الاخر ان كان قبل
القضاء فانه ياخذ الذي اختار جميع الدار ولا خيار له لان الذي اختار الاخذ
ثبت شراؤه في جميع الدار وانما يقضي بالنصف لمزاحمة الاخر فاذا رد الاخر فقد
زالت المزاحمة وشراؤه قايم في جميع الدار فاما اذا اختار الرد بعد ما قضى القاضي
بالدار بينهما نصفين لا يكون للذي اختار الاخذ ان ياخذ جميع الدار لان زوال
مزاحمة الاخر لا من مزاحمة الاخر الا بعد ما فسخ شراء الذي اختار الاخذ في
النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان
ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فانه يقضى للمورخ عندهم جميعا وذلك لان شراء
الذي لم يورخ متاخر من حيث المعنى فيعتبر بما لو كان متاخرا حقيقة بان ارخ
هو منذ شهر والاخر منذ سنة كان صاحب السنة اولى فكذا اذا كان شراء صاحبه
متاخرا من شراء المورخ من حيث المعنى وانما قلنا بان شراء الذي لم يورخ متاخر
من حيث المعنى لان شراءه حادث والاصل في الجواب انه يحكم بحدوثها لنقض
ما هو ثابت بالعيان لان الحكم بحدوثه لاقرب اوقات ظهوره ثابت باستصحاب
الحال لا بدليل اوجب الحدوث للحال والثابت بظاهر الحال يصلح للتقويم
ما هو ثابت ولا يصلح لنقض ما هو ثابت وهاهنا الحكم بحدوثه للحال لم يتضمن
نقض ما هو ثابت بالعيان بل تقرر ما هو ثابت وهو ملك المورخ منذ سنة
فاعتبر شراء الذي لم يورخ متاخرا معنى ولو تاخر حقيقة كان يقضي
بجميع الدار للاخر فكذا اذا كان متاخرا معنى وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق
فانه يقضى لاسبقهما تاريخا لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة
ولو عاين القاضي شراء احدهما منذ سنتين وشراء الاخر منذ سنة

فانه يقضي لصاحب السنتين لان شرا صاحب السنة لا يصح من البائع ما لم
ينتقل الدار الى البائع ثانيا ما لم يشهدوا بذلك فكذلك اذا اثبت ذلك
بالبينة وهذا الذي ذكرنا كله اذا كانت في يد ثالث فاما اذا كان العين
في يد احدهما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء او ارخ احدهما
فانه يقضي بجميع الدار في هذه الفصول الثلاثة لذي اليد وان ارخا وتاريخ
احدهما اسبق وهو الفصل الرابع فانه يقضي لاسبقهما تاريخا خارجا كان
او ذا اليد واما اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا ففي هذين الفصلين
يقضي بجميع الدار لذي اليد لانهما استويا في اثبات الاستحقاق على ثالث فان كل
واحد منهما ادعى تلقي الملك من جهة بايعه واثبت ذلك بالبينة واستويا في
التاريخ وعدم التاريخ فاذا استويا في ذلك ولاحدهما يد يترجح باليد كما في
النتاج لما استويا في اثباتهما اولية الملك من كل وجه ولاحدهما يد ترجح باليد
فكذلك هنا وان ارخ احدهما فانه يقضي بجميع الدار لذي اليد سواء كان هو المورخ
او صاحبه فان كان ذو اليد هو المورخ فلا اشكال لان ذا اليد اولى من غير تاريخ
فمع التاريخ اولى وان كان المورخ للخارج فذو اليد اولى بجميع الدار لانه كان
يجب ان يقضي للخارج ويعتبر شرا ذي اليد الذي لا تاريخ له متاخرا عنه لانه حادث
والاصل في الحوادث انه يحكم بحدوثها لاقرب الاوقات اذا لم يعرف تقدمها على وقت
ظهورها اذا لم يتضمن الحكم بحدوثه للحال نقض ما هو ثابت بالعيان وهنا الحكم
بحدوثه للحال يتضمن نقض ما هو ثابت بالعيان وهو اليد فان يده ثابتة بيقين حتى
اعتبرنا شراءه حادثا للحال وجب نقض يده واذا اعتبرناه سابقا على شرا الاخر لم يجب
نقض يده وكلا الامرين محتمل بجواز ان يكون متاخرا عن شرا صاحبه وجواز ان يكون
متقدما فلا ينقض يده وشراءه بالشك بخلاف ما لو كان العين في يد ثالث لانا لو حكمنا
بحدوث شرا الذي لا تاريخ له للحال لا ينقض ما هو ثابت بيقين اذ ليس ثمة ما هو ثابت
بيقين وهو ملك المورخ منذ سنة فان قيل متى حكمنا بحدوث شرا الذي لا تاريخ له
للحال

للحال نقضنا ملك من لا تاريخ له بظاهر الحال وهذا لا يجوز قلنا الجواب عنه انا متى
لم نحكم بحدوث شراه للحال ولم ينقض ملك الذي لم يورخ باستصحاب الحال
احتجنا الى ان ننقض ملك المورخ منذ سنة بدليل بالاحتمال وهو ان يكون شرا الاخر
سابقا ولم يكن بد من نقض احد الملكين كان نقض ما لم يثبت بدليل منذ سنة اولى
من نقض الثابت بدليل منذ سنة فاما هنا متى حكمنا بحدوث شرا ذي اليد
للحال نقضنا ما هو ثابت بالمعاينة وهو يد ذي اليد ومتى لم نحكم بحدوثه للحال
نقضنا الملك الثابت للاخر منذ سنة بالخبر ولا بد من نقض احد الامرين فكان
نقض ما هو ثابت بالخبر اولى من نقض ما ثبت بالمعاينة على ما قيل ليس الخبر
كالمعاينة ولهذا قلنا اذا اثبت الخارج الشرا مع القبض وللاخر قبض معاين كان صاحب
القبض المعاين اولى لان الثابت معاينة فوق الثابت بالخبر فكذا هذا فاما
اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضي لاسبقهما تاريخا ايهما كان لانا لو نقضنا
يد ذي اليد بان كان الخارج اسبقهما تاريخا فانما ننقضه بيقين لا بالاحتمال
لان ذي اليد ارخ منذ سنة وشهود الاخر منذ سنتين فشرا ذي اليد ثبت متاخرا من
كل وجه فلو نقضنا يده نقضنا بيقين ونقض الثابت بيقين يجوز بيقين مثله فاما
لا يجوز بالاحتمال لجواز ان يكون شرا ذي اليد سابقا على شرا الخارج واذا لم
يعرف له تاريخ يحتمل ان يكون متاخرا فلا ينقض يده بالاحتمال هذا اذا كان
العين في يد احدهما فاما اذا كان في ايديهما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما
على السوا او ارخ احدهما دون الاخر فانه في الفصول الثلاثة يقضي بالدار
بينهما نصفين اما اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء فلا اشكال لانهما استويا
في الدعوى والحجة والتاريخ وعدم التاريخ واليد والمقضي به مما يقبل الاشتراك
فيقضي بينهما نصفين وان ارخ احدهما دون الاخر فكذلك يقضي بينهما نصفين لانه
لا عبرة للتاريخ حالة الانفراد اذا كان للذي لا تاريخ له يد معاينة الا ترى انه
لو كان في يد احدهما فارخ الخارج لا يكون لتاريخه عبرة حتى لا ينقض يد ذي

اليد بالاحتمال فلذلك لا يكون لتاريخ أحدهما عبرة إذا كانت في أيديهما حتى لا ينقض
ما ثبت من يد الآخر في النصف بتاريخه وإذا لم يكن للتاريخ حالة الانفراد عبرة
بمقابلة اليد صار وجود التاريخ من أحدهما وعدمه بمنزلة ولو عدم يقضى بالدار
بينهما نصفين فلذلك هذا فأما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فإنه يقضى لأسبقهما
تاريخا كما لو ثبت ذلك معاينة فإنه يقضى لأسبقهما تاريخا وإن كانت في أيديهما
فلذلك إذا ثبت بالبينة هذا كله إذا ادعيا الشراء من واحد فأما إذا ادعيا الشراء
من اثنين فالجواب فيه كالجواب فيما إذا ادعيا ملكا مطلقا سواء كانت العين في يد ثالث
أو في يد أحدهما أو في أيديهما ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء أو أرخ أحدهما
ولم يؤرخ الآخر أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق وكل جواب عرفته ثمة على
الوفاق والخلاف فهو الجواب ههنا وإنما اعتبرنا لما ادعى اثنان فيها ملكا مطلقا
لأن كل واحد من المشتريين يحتاج إلى إثبات الملك لبايعه ملكا مطلقا لأن الملك
غير ثابت لبايعه باتفاق خصمه وإذا كان كل واحد منهما محتاجا إلى إثبات
الملك لبايعه في هذه الدار ملكا مطلقا ولهذا ذلك حتى يثبت شراهما صار كأن
البايعين حضرا وادعيا ملكا مطلقا في هذه الدار ولو ادعيا ملكا مطلقا في
الدار كان الجواب على التفصيل الذي ذكرنا فلذلك هذا بخلاف ما لو ادعيا
الشراء من واحد لأنه لا حاجة ههنا إلى إثبات الملك للبايع لأن الملك للبايع ثابت
باتفاقهما وحاجة كل واحد منهما إلى الإثبات سبب النقل إلى نفسه فإذا استويا
وتعذر ترجيح أحدهما على الآخر يقضى بينهما نصفين وإن أمكن ترجيح أحدهما
على الآخر قضينا بالراجح هذا كله مما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في
مبسوطه في باب الدعوى في الشراء والصدقة والوقت في ذلك **قوله** وإن قضى
القاضي بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه هذا لفظ
القدوري في مختصره وقد مر في البيان أيضا **قوله** ونظيره تسليم أحد الشفيعين
قبل القضاء أي نظيره ما إذا قال أحد المدعيين لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي
حيث

حيث يكون للآخر أخذ الجميع تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء يعني إذا سلم أحد
الشفيعين الشفعة قبل قضاء القاضي كان جميع ذلك للآخر **قوله** ونظير الأول
تسليمه بعد القضاء أي نظيره ما إذا قال أحد المدعيين للشراء لا أختار الأخذ بعد قضاء
القاضي حيث لا يكون للآخر أن يأخذ جميعه تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد
قضاء القاضي بالدار بينهما لم يكن للآخر أن يأخذ نصيبه لأن القاضي قد أبطل شفعة كل
واحد منهما فيما قضى به للآخر كذا في شرح الأقطع ولو ذكر كل واحد منهما
تاريخا فهو للأول منهما هذا لفظ القدوري في مختصره وقد مر البيان في ذلك إلا أنا لما
حكمنا بالبيع للأول ملكه الأول فيكون البايع بعد ذلك بايعا ملك غيره فلا
يصح فإذا ذكر أحدهما التاريخ ولم يذكر الآخر كان صاحب التاريخ أولى
لأن تقدم شراه على زمان الدعوى ثبت بذكر التاريخ فبقي في الآخر يعني حادث
لا يعلم تاريخه فيحكم به للحال فكان المتقدم أولى **قوله** وإن لم يذكرا تاريخا
ومع أحدهما قبض فهو أولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية
معناه أنه في يده أي معنى قوله ومع أحدهما قبض وقد مر البيان مستقصى قال
شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وإن لم يؤقت
واحدة منهما وقتا وكانت الدار في يد أحد المدعيين قد قبضها قضيت بها للذي
هي في يديه لأن القبض دلالة السبق في حقه لأن القبض إنما يقع صحيحا إذا تقدمه
عقد فكان أولى ويرد البايع الثمن على الآخر فإن شهد شهود للآخر على وقت لم ينتفع
به الآن يشهد الذي معه كان قبل الآخر فأقضي بها له لأنه متى ثبت الملك له
في وقت سابق على وقت الآخر لا يثبت الثاني إلا بدعوى التلقي من قبله **قوله**
قال وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا أي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى قال
صاحب الهداية معناه من واحد أي معنى قوله ادعى أحدهما شراء والآخر هبة
وقبضا دعواهما تلقي الملك بسببين مختلفين من رجل واحد لأنه إذا ادعى كل واحد

منها تلقى الملك من رجل اخر يكون بينهما نصفين فلا يكون الشراء اولى وسيجيء
بيان ذلك عند قوله ولو ادعى احدهما الشرا من رجل والاخر الهبة والقبض
من غيره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم
الشهيد رحمه الله واذا كانت دابة في يدي رجل فاقام رجل البينة انه اشتراها
من فلان بثمن مسمى ونقد الثمن وقبض الدابة واقام الاخر البينة ان فلانا ذلك وهبها
له وقبضها منه قضي به لصاحب الشراء لانهما اذا لم يؤرخا صار كانهما وقعا معا
والشراء اقوى من الهبة لانه يفيد الملك بنفسه والهبة لا يفيد الملك بدون القبض
فكذلك الشرا اولى من الصدقة والرهن والنكاح عليها في قول محمد وكذلك قول
ابي يوسف الا في الشراء والنكاح فانما يكون بينهما نصفين والرهن اولى من الهبة
والصدقة والصدقة والهبة سواء ابو يوسف يقول الشرا والنكاح يستويان في
افادة الملك من غير توقف فتعارضا ومحمد يقول التعارض عند تعذر العمل بهما وقد
امكن ذلك لان الشراء لا يمنع التزويج عليها لان التزوج على الدابة الغير صحيح ويلزم
قيمتها ففي امكان الجمع بينهما يعمل بهما والرهن اولى من الهبة على هذه الرواية وروي
عن ابي حنيفة ان الهبة اولى وجه هذه الرواية ان الشهادة على الرهن يثبت ملكا مضمونا
والشهادة على الهبة يثبت الملك بغير ضمان فكانت بملك اكثر اثباتا ووجه
الرواية الثانية ان الهبة يثبت الملك والرهن يثبت اليد والملك اقوى من اليد فكانت
اولى الى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور قوله ولا تاريخ معهما فيه تفصيل ذكره
شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه فقال
اذا ادعيا من جهة واحد والعين في يد ثالث ان لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما
على السواء فالشراء اولى حتى يقضى بالدار لمدعي الشراء ولا يقضى لمدعي الهبة بشيء
ان كان ما وقع فيه الدعوى مما لا يحتمل القسمة لوجهين احدهما ان الشرا سابق
على الهبة من حيث المعنى فيعتبر مما لو كان سابقا حقيقة بان ارخ صاحب الشراء
منذ سنة ولم يؤرخ الاخر فلو كان كذلك كان الشراء اولى فكذا هنا وانما قلنا
بانّ

بان الشراء سابق من حيث المعنى لان العقدين قد ظهرا وجهل التاريخ بينهما
فجعل كانهما وقعا معا كان الشرا سابقا لان الشرا يوجب الملك بنفسه والهبة
لا يوجب الملك بنفسها وانما توجب بالقبض فيصير الشرا سابقا معنى من
هذا الوجه والثاني ان الشرا يوجب الملك بعوض والهبة بغير عوض
فاذا احتجنا الى النقض احدهما كان نقض ما يوجب الملك بغير عوض وفيه تقليل
النقض اولى من نقض الذي بعوض وفيه تكثير النقض فصار الشرا اولى بهذين
الوجهين وهذا بخلاف ما اذا ادعيا ذلك من جهة اثنين فانه يقضي بينهما نصفين
ان كان ما وقع فيه الدعوى مما لا يحتمل القسمة وان كان الشرا سابقا من حيث المعنى
لا نعتبر السبق من حيث المعنى بالسبق من حيث الحقيقة ولو كان السبق ثابتا
من حيث الحقيقة بان ارخ صاحب الشرا ولم يؤرخ الاخر كان بينهما نصفين اذا
ادعيا من جهة اثنين فكذا اذا اعتبر سابقا من حيث المعنى ولو ادعيا من جهة
واحد يعتبر السبق من حيث المعنى بالسبق من حيث الحقيقة ولو ثبت
السبق من حيث الحقيقة كان الشرا اولى فكذا اذا ثبت من حيث المعنى وان ارخ
احدهما ولم يؤرخ الاخر فالمؤرخ اولى ايهما كان فان كان المؤرخ هو المشتري فلا
اشكال لان الشرا من غير تاريخ اولى فمع التاريخ اولى وان كان ارخ الهبة فالهبة
اولى لان الشرا متاخر معنى فيعتبر بما لو كان متاخرا حقيقة بان ارخ صاحب الشراء
منذ ستة اشهر وصاحب الهبة منذ سنة وانما قلنا ذلك لان الشرا حادث
والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال حدوثها انه يحكم بحدوثها لاقرب
ما ظهر اذا لم يعرف تقدمها على وقت ظهورها اذا لم يتضمن الحكم بحدوثها للحال
نقض ما هو ثابت من حيث العيان والحكم بحدوث الشرا للحال لا يتضمن نقض
ما هو ثابت من حيث الحقيقة والعيان فيعتبر حادثا للحال واذا اعتبر حادثا للحال صح
قولنا ان الشرا متاخر معنى من الهبة فيكون الهبة اولى فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق
فالسابق اولى ايهما كان لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وان

كان القبض في يد احدهما ان لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء فذو اليد اولى
اما اذا كان لانهما استويا في اثبات الاستحقاق على ثالث ولاحدهما يد فيترجح باليد ان
ارخ احدهما فكذلك صاحب اليد اولى لان يده ثابتة بيقين ووقع الشك في نقضه
فلا ينقضه بالشك ولا يعتبر حادثا للحال وان لم يكن لذي اليد تاريخ وان كان الاصل
في الحوادث ان تحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر اذا لم يعرف حال حدوثها لان هذا انما
اذا لم يتضمن نقض ما هو ثابت من حيث العيان وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق
فانه يقضي لاسبقهما تاريخا لانهما كانا ينقض يد ذي اليد لانا لو نقضنا يده نقضنا
يده بيقين لا باحتمال والثابت بيقين يجوز ان ينقض باليقين فاما لا يجوز
ان ينقض بالاحتمال وان كان في ايديهما فانه يقضي بينهما نصفين في الفصول
الثلاثة لان يد كل واحد منهما ثابتة في النصف فيقضي له لو كان ثابتا في الكل ولو كان ثابتا
في الكل لم يجز نقض يده بالاحتمال فلو نقض فكذلك هذا وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق
فانه يقضي لاسبقهما تاريخا لانهما كان كما لو كان يد احدهما ثابتا في الكل ينقض يده اذا كان
تاريخ صاحبه اسبق فكذا اذا كان يد كل واحد منهما ثابتا في النصف ثم انما يقضي
نصفين في الفصول الثلاثة اذا كان المقضي به مما لا يحتمل القسمة فاما
اذا كان مما يحتمل القسمة فانه يقضي لمدعي الشرا لان بينة مدعي الهبة غير
مسموعة لانها تثبت هبة فاسدة كذا قال خواهرزاده في مبسوطه **قوله**
ولا ترجيح باللزوم جواب سؤال مقدر بان يقال ان الهبة مع القبض و
الصدقة مع القبض سواء حتى يكون العين بين المدعيين نصفين وكان
ينبغي ان يكون الصدقة اولى لانها تثبت الملك اللازم من الهبة لانها تثبت
ملكا غير لازم فاجاب عنه بما قال في الكتاب وهو ان لزوم الصدقة باعتبار
المال حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال والترجيح انما يكون بالامر
الثابت في الحال فلا يترجح الصدقة على انا نقول الهبة اذا كانت لذي رحم محرم
كانت لازمة ايضا وكذا في الاجنبي اذا كانت بشرط العوض فيستويان فيندفع السؤال

قوله

قوله وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح اي كون الهبة والصدقة سواء فيما
لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة صحيح هذا بالاتفاق **قوله** وكذا فيما
يحتملها عند البعض اي الهبة والصدقة سواء ايضا عند البعض فيما يحتمل القسمة
كالدار ونحوها ويقضي بينهما نصفين وهو قولهما لان الشيوع طارئ وعند
البعض لا يصح ولا يقضي لها بشيء وهو قول ابي حنيفة لانه تنفيذ الهبة في الشايع
قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي فان كان مما يحتمل القسمة كالدور ونحوها فلا
يقضي لها بشيء عنده ويقضي بينهما نصفين ولو كان في يد احدهما قضي له بالاجماع
الى هنا لفظه رحمه الله **قوله** قال واذا ادعى احدهما الشرا وادعت
امراة انه تزوجها عليه فهما سواء اي على هذا العبد يعني يقضي بالعبد بينهما نصفين
هذا اذا لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء وهو قول ابي يوسف وعند
محمد الشرا اولى اما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق اولى كما
في دعوى الهبة مع الشرا كذا ذكر خواهرزاده في مبسوطه وجه قول ابي
يوسف ان كل واحد من الشرا والنكاح يثبت الملك بنفسه ولا يتوقف في
اثبات الملك الى شيء اخر كتوقف الهبة والصدقة الى القبض وكل واحد منهما
عقد معاوضة يتعلق به الضمان فاستويا في القوة فكانا سواء كالشرائين
وجه قول محمد ان تصحيح البينات واجب ما امكن حملا للظن بالشهود
فمتى قلنا بسبق الشراء صح وصحت التسمية في النكاح لان التزوج على عبد
الغير صحيح ومتى قلنا بسبق النكاح بطل البيع فاذا كان كذلك قلنا بسبق
الشرا لانه يفضي الى تصحيح البينتين جميعا فكان الشرا اولى ووجب للمراة
على الزوج قيمة ذلك لان من تزوج امراة على عبد الغير صح ووجب القيمة فكذلك
هذا **قوله** وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة
فالرهن اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع هذا استحسان
وذكر في كتاب الشهادات ان الهبة اولى ووجه القياس ان الهبة يثبت

الملك والرهن يثبت اليد والملك اقوى من اليد فكانت الهبة اولى ووجه الاستحسان
ان الرهن يثبت ملكا مضمونا ولهذا قلنا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته
ومن الدين والهبة يثبت ملكا غير مضمون فكان الرهن اولى لانه اكثر اثباتا
فصار الرهن مع الهبة كالشراء مع الهبة بخلاف الهبة بشرط العوض فانها
اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان الرهن
يثبت الملك بعاقبته اذا هلك يعني لا صورة والبيع يثبته صورة ومعنى
قوله وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم
اولى هذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم** ان الاثنين اذا تنازعا في
عين واقاما جميعا البينة فهذا على وجهين اما ان ادعيا ملكا مطلقا او
ادعيا ملكا بسبب اما بالميراث او بالشراء من جهة واحد او من جهة اثنين
والعين في يد ثالث او في يد احدهما اما ان اقاما البينة على ما ادعيا ولم
يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر او ارخا وتاريخ
احدهما اسبق بان ارخ احدهما منذ سنة والاخر منذ سنتين فان ادعيا ملكا او
العين في يد ثالث ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء فانه يقضي بينهما
نصفين عندهم جميعا لاستوائهما في الدعوى والحجة والتاريخ وان ارخا وتاريخ
احدهما اسبق فعلى قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاخر وقول محمد في رواية
ابي حفص يقضي لاسبقهما تاريخا وعلى قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد في رواية ابي سليمان
يقضي بينهما نصفين ولا يكون للتاريخ عبرة على قولهما قال شيخ الاسلام
خواهرزاده في مبسوطه ما ذكر في رواية ابي حفص عن محمد انه يقضي لاسبقهما تاريخا
فهو قوله الاول وما ذكر في رواية ابي سليمان انه يقضي بينهما نصفين فهو قوله الاخر
وقوله الاخر مع قول ابي يوسف الاول وقوله الاول مع قول ابي يوسف الاخر وجه
قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد اخرا ان دعوى مطلق الملك دعوى اولية الملك
من حيث الحكم كدعوى النتاج حتى يستحق الاصل بالزوائد المتصلة والمنفصلة جميعا
ويرجع

ويرجع الباعة بعضهم على البعض كدعوى النتاج والتاريخ في دعوى النتاج لغو
على كل حال ارخا وتاريخ احدهما اسبق او على السواء او ارخ احدهما ولم يورخ
الاخر لان المقصود من اثبات التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه
ليترجح بينته على بينة خصمه واثبات زيادة الاستحقاق على الاخر لا يتصور
في دعوى النتاج لانه دعوى اولية الملك فكذا هذا واذا الغى التاريخ كما في النتاج
صار كانهما لم يورخا فيكون بينهما نصفين ووجه قول ابي حنيفة وهو
قول ابي يوسف اخرا وقول محمد اولا ان صاحب التاريخ الاقدم اقام البينة على
انه اول المالكين وان العين لا تستحق الا من جهته واقام الاخر بينة على الاستحقاق
لا من جهته فلم يقبل بينته كصاحب النتاج والملك المطلق وللشافعي قولان
في قول يعتبر السبق وفي قول يستويان وان هذا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فاما
اذا ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه لم يذكر
محمد هذا الفصل في الكتاب يعني في المبسوط ثم قال وذكر الطحاوي في كتابه خلافا
فيما بينهم فقال على قول ابي حنيفة يقضي بينهما ولا عبرة للتاريخ حالة الانفراد
عنده وعلى قول محمد يقضي للذي لم يورخ وعلى قول ابي يوسف يقضي للمورخ ثم
قال شيخ الاسلام وذكر محمد في كتاب العلل انه يقضي للذي لم يورخ لانه
اقدمهما تاريخا وجه قول ابي حنيفة ان الذي لم يورخ سابق من
وجه على المورخ ولاحق من وجه اما كونه سابقا لانه ادعى مطلق
الملك ودعوى اولية الملك من حيث الحكم كدعوى النتاج فيكون
سابقا على المورخ ولكنه يحتمل دعوى التملك من جهة المدعى قبله من
حيث الحقيقة فهذا يوجب ان يكون لاحقا عن المورخ كما لو ادعيا الشراء من
واحد وارخ احدهما ولم يورخ الاخر والعين في يد ثالث فانه يجعل المورخ سابقا على
الذي لم يورخ حتى يقضى له فلما اشكل كل واحد من المورخ وغير المورخ سابقا
من وجه لاحقا من وجه استويا فجعل كانهما ملكا معا فسقط اعتبار التاريخ

حالة الانفراد بخلاف ما لو ارخا وتاريخ احدهما اسبق لانه سابق من كل وجه
والاخر لاحق من كل وجه وبخلاف ما لو ادعيا الشرا من واحد وارخ
احدهما والعين في يد ثالث فان المؤرخ اولى وان احتمل ان يكون شرا الذي لم يؤرخ
سابقا لان سبق شرا الذي لم يؤرخ ثابت بالوهم من غير ان يكون على السبق
دليل فلم يثبت السبق بالوهم فبقي لاحقا من كل وجه فكان المؤرخ اولى
فاما هنا فسبق الذي لم يؤرخ على المؤرخ ثابت بدليل فان دعوى مطلق
الملك دعوى اولية الملك من حيث الحكم كدعوى النتاج لكن لاحق باعتبار
دعوى التملك كما في دعوى الشرا فاستويا واما على ما روى الطحاوي عن محمد فما
ذكر في كتاب العلل انه يقضي للذي لم يؤرخ على قول محمد فهو قوله الاول لان
على قوله الاول يعتبر التاريخ حالة الاجتماع حتى لو ارخا وتاريخ احدهما اسبق
يقضي لاسبقهما تاريخا واذا اعتبر التاريخ على قوله الاول صار الذي لم يؤرخ
اسبقهما تاريخا من حيث المعنى لانه ادعى اولية الملك وقد تبين السبق بدليله وصار كانه لو
صار على صاحبه سابقا بالتاريخ نصا فاما على قوله الاخر يجب ان يقضى بينهما
نصفين لان تاريخ احدهما لو ثبت سابقا على الاخر من حيث النص لم يكن للتاريخ عبرة
وكان بينهما نصفين فاذا ثبت سابقا على الاخر من حيث المعنى لان من حيث النص اولى
ان لا يكون لها عبرة واما على قول ابي يوسف فيما روى الطحاوي عنه يستقيم على
قوله الاخر لانه يعتبر التاريخ في قوله الاخر في دعوى التملك فيكون المؤرخ اولى كما لو
ادعيا التملك نصا من واحد بالشرا وارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر والعبد في يد ثالث
فاما على قوله الاول لا عبرة للتاريخ حالة الاجتماع فلذا حالة الانفراد فاذا
سقط اعتبار التاريخ على قوله الاول صار كانهما لم يؤرخا اصلا فيكون بينهما نصفين
هذا الذي ذكرنا اذا كان العين في يد ثالث فاما اذا كانت في يد احدهما ان لم يؤرخا
او ارخا وتاريخهما على السوا فالخارج اولى اما اذا لم يؤرخا فلان احدهما خارج والاخر
ذو اليد وقد تنازعا في ملك مطلق وكذلك ان ارخا وتاريخهما على السواء فكانهما
لم يؤرخا

لم يؤرخا فيكون الخارج اولى فاما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق ذكر في كتاب
الدعوى ان على قول ابي حنيفة وهو قول محمد يقضى لاسبقهما تاريخا سوا
كان خارجا او ذو اليد وعلى قول ابي يوسف الاول قال يقضى للخارج ثم رجع و
قال يقضى لاسبقهما تاريخا ان كان خارجا فلا اشكال لان بينته اكثر استحقاقا فان بينة
ذي اليد فانه استحق عليه الملك الثابت له بظاهر اليد للخارج وزيادة ملك
فيما مضى بعد سنة فان الخارج لم يؤرخ منذ سنتين وان كان اسبقهما تاريخا ذا
اليد فهو اولى لان البينتين استويا في حق الاثبات في الاستحقاق فيترجح بينة ذي
اليد باليد كما في دعوى النتاج واما على قول ابي يوسف الاول يكون
الخارج اولى لانه لا عبرة للتاريخ على قوله الاول فكانهما لم يؤرخا ولو لم
يؤرخا كان الخارج اولى وعلى قوله الاخر للتاريخ عبرة فيكون اسبقهما تاريخا
اولى لانهما طلبوا على قول محمد اسبقهما تاريخا اولى على قوله الاول لان التاريخ
عبرة على قوله الاول فاما على قوله الاخر فالخارج اولى وقد ذكر في
الامالي عن محمد ان الخارج اولى لان التاريخ على قوله الاخر ساقط الاعتبار
فكان ما ذكر من قول محمد مع ابي حنيفة قوله الاول **فاما** اذا ارخ احدهما
ولم يؤرخ الاخر فعلى قول ابي حنيفة الخارج اولى لانه لا عبرة للتاريخ عنده
حالة الانفراد كما لو كان العين في يد ثالث وارخ احدهما الا انه متى سقط اعتبار
[illegible] اعتبار التاريخ
حالة الانفراد كان التاريخ اولى لان احدهما خارج والاخر ذو اليد وقد تنازعا
في ملك مطلق واما على قول محمد الاول يقضى للذي لم يؤرخ لانه اسبقهما تاريخا باعتبار
المعنى وهو دعوى اولية الملك فاما على قوله الاخر لا عبرة للتاريخ فكان المؤرخ
لم يؤرخ فيكون الخارج اولى واما على قول ابي يوسف الاول فلا عبرة للتاريخ
فيكون الخارج اولى واما على قوله الاخر يقضى لذي اليد سوا كان التاريخ له
او للخارج لان التاريخ عبرة على قوله الاخر باعتبار دعوى التملك لا باعتبار دعوى

للتملك ذو اليد اولى على كل حال هذا الذي ذكرنا اذا كان العين في يد احدهما **فاما** اذا كان
في ايديهما ان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بينهما نصفين لاستوائهما
في الدعوى والحجة واليد وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما تاريخا في قول
ابي حنيفة **فاما** على قول ابي يوسف الاول يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ على
قوله الاول وعلى قوله الاخر للتاريخ عبرة فيقضى لاسبقهما تاريخا وعلى قول محمد
الاول يقضى لاسبقهما تاريخا **فاما** على قوله الاخر فلا عبرة للتاريخ عنده
فيقضى بينهما نصفين وان ارخ احدهما فعلى قول ابي حنيفة لا عبرة
للتاريخ فيقضى بينهما نصفين وعلى قول ابي يوسف الاول والاخر يقضى بينهما
نصفين **اما** على قوله الاول فلانه لا عبرة للتاريخ فيقضى بينهما نصفين
واما على قوله الاخر التاريخ وان كان معتبرا باعتبارة غوى التملك من ارخ
والعين في ايديهما او في يد احدهما يقضى بينهما نصفين وعلى قول محمد الاول يقضى للذي
لا تاريخ له لانه اسبقهما تاريخا حيث المعنى والتاريخ معتبر على قوله الاول **فاما**
على قوله الاخر فلا عبرة للتاريخ فيقضى بينهما نصفين في الذي ذكرنا اذا ادعيا
ملكا مطلقا **فاما** اذا ادعيا ملكا بسبب بان ادعيا تلقي الملك من اثنين
بالميراث والشراء فالجواب فيه كالجواب في الملك المطلق لان كل واحد منهما يحتاج
الى اثبات ملكه الحكم فكان المملكين حضرا وادعيا بانفسهما ملكا
مطلقا والعين في يد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما فالجواب فيه على التفصيل
الذي ذكرنا هذا اذا ادعيا ملكا مطلقا **فاما** اذا ادعيا تلقي الملك
من واحد بالشراء ان كان العين في يد ثالث ان ارخا وتاريخهما على السوا
او لم يورخا يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في الدعوى والحجة والتاريخ وان
ارخا وتاريخ احدهما اسبق فانه يقضى لاسبقهما تاريخا عندهم جميعا لان
التاريخ معتبر عندهم جميعا في دعوى الشراء من واحد اذا اعتبر التاريخ صار
اسبقهما تاريخا اولى لان الاخر كالوثيقة والشراء ان يعاين وان ارخ احدهما فالمؤرخ
اولى .

اولى **عندهم** لان التاريخ حالة الانفراد معتبر في دعوى الشراء من واحد
فيكون المؤرخ اولى لان شراء الذي لم يورخ لاحق من حيث الحكم لانه لم
يثبت سبق شرائه بدليل وسبق شراء المؤرخ ثابت بالتاريخ فكان الذي لا تاريخ
له لاحقا **فاما** اذا كان في يد احدهما فذو اليد اولى الا ان يورخا وتاريخ
احدهما اسبق فالسابق اولى لان يد ذي اليد ثابت بيقين فلا ينقض بالشك
وان كان في ايديهما فهو بينهما نصفان الا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق لان يد كل
واحد منهما ثابت من حيث الحقيقة فلا ينقض بالشك كذا ذكر شيخ الاسلام
ابو بكر المعروف بخواهرزاده في اول باب الدعوى في الميراث من مبسوطه **قوله**
قال وان ادعى على الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد اقاما البينة
على تاريخين فالاول اولى اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة فلو ثبت السبق معاينة كان السابق اولى فكذا اذا ثبت
بالبينة وقول صاحب الهداية في تفسير قول القدوري معناه من غير صاحب
اليد فيه نظر لان معنى دعوى الشراء من واحد دعوى تلقي الشراء من واحد لا من اثنين
فذلك الواحد هو الثالث ثم بعد ذلك لا يخلو **اما** ان يكون العين الذي وقع فيها
الدعوى في يد ذلك الثالث او في يد احدهما او في ايديهما ولا معنى لقوله معناه من
غير صاحب اليد وتمام البيان مر عند قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه
اشترى منه هذا العبد **قوله** وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من
اخر وذكرا تاريخا فهما سواء اي قال احد الخارجين اشتريته من زيد وقال الاخر
اشتريته من عمرو وذكرا تاريخا واحدا كان بينهما لاستوائهما وان كان تاريخ
احدهما اسبق كان اولى على قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وهو قول محمد في
رواية ابي حفص وعلى قول ابي يوسف الاول يقضى بينهما نصفين وذلك لانهما يثبتان
الملك لبائعيهما فصار كان البائعين حضرا وادعيا ملكا مطلقا بانفسهما والحكم
في دعوى الملك المطلق ذلك فكذا هنا وقد مر ذلك عند قوله وان اقام الخارجان

البينة على الملك والتاريخ وعند قوله وادّعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه
هذا العبد **قوله** ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين
هذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا ادّعى الخارجان شراء كل واحد من رجل اخر
واقام البينة وارّخ احدهما دون الاخر قضى بينهما نصفين كما اذا ادّعيا ملكا مطلقا والحكم
فيما اذا كان العين في يد ثالث او في يد احدهما او في ايديهما سوا وذلك لان المشتريين
يحتاج كل واحد منهما الى اثبات الملك لبايعه ملكا مطلقا لان الملك غير ثابت
لبايعه باتفاق خصمه فصار كان البايعين حضروا وادّعيا ملكا مطلقا فتوقيت
احدهما لا يدل على سبق ملك بايعه فلعل ملك بايع الاخر اقدم بخلاف ما لو ادّعيا
الشرا من واحد لانه لا حاجة هنا الى اثبات الملك للبايع لان الملك للبايع ثابت
باتفاقهما فاذا اثبت تاريخ احدهما يحكم به ويحال بحدوث شرا الاخر الى اقرب الاوقات
قوله ولو ادّعى احدهم الشرا من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث
الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر قضى بينهم ارباعا وهذه
من مسايل المبسوط ذكره تفريعا وذلك لانهم استووا في دعوى الملك دون السبب
وقد اثبتوه بالحجة فيوزع بينهم **قوله** قال وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ
تاريخا كان اولى اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا يقبل بينة ذي
اليد رجع اليه اي هذا قوله الاخر والمرجوع اليه قال القدوري في كتاب التقريب
ذكر ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا بعد عوده من الرقة سنة ثلث وثمانين
ومائة وقال الخارج اولى وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وذكر
اصحاب الامالي عن محمد ان الخارج اولى لان التاريخ على قوله الاخر ساقط الاعتبار
فكان بما ذكر من قول محمد مع قول ابي حنيفة قوله الاول وقد مر تمام البيان
عند قوله وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم
اولى ونظيره قلت يعني الا انه اليه التي ادّعياها تاريخا سواء فالخارج اولى
لانه لم

لانه لم يثبت تقدم احدهما فكانهما لم يؤرخا اخرهما اقدم فالاقدم اولى
عندهما وعند محمد الخارج وفي المسئلة اختلاف الروايات في الاصول والقرار
على هذا لمحمد التاريخ لا يدل على صفة الملك اولا واخرا فصار وجوده وعدمه
سواء ولهما الاقدم اثبت لنفسه الملك في زمان سابق ولا يمكن ان يستفاد
الملك الا من جهته وعلى هذا الخلاف اذا كانت الدار في ايديهما فوقتا فصاحب
الوقت الاقدم اولى وعند محمد لا عبرة بالوقت **قوله** ولو اقام الخارج وذو
اليد البينة على ملك مطلق ووقت احدهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد
الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى
كذا ذكر الخلاف في شرح الاقطع وهذه ذكرت تفريعا على مسئلة القدوري ثم
قال وجه قولهما ان تاريخ صاحب اليد لا يدل على تقدم ملكه لجواز ان
يكون الخارج لو وقت شهوده كان ملكه اقدم فاذا لم يدل التاريخ على
تقدم الملك سقط فكانت بينة الخارج اولى وجه قول ابي يوسف ان
بينة صاحب اليد قد دلت على تقدم الملك فكانت اولى من الملك المطلق
كالمدعيين الشراء من واحد اذا ارّخ احدهما الجواب ان الشرا معنى
حادث واذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال فكان المقدم اولى والملك ليس
بمعنى حادث ولا يحكم بوقوعه في الحال قال شيخ الاسلام خواهرزاده
في مبسوطه في هذه المسئلة اذا ارّخ احدهما ولم يؤرخ الاخر فعلى قول
ابي حنيفة الخارج اولى لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد وعلى قول
محمد الاول يقضى للذي لم يؤرخ لانه اسبقهما تاريخا وعلى قوله الاخر لا عبرة
للتاريخ فيكون للخارج اولى وهو قول ابي يوسف الاول وعلى قوله الاخر يقضى لذي
اليد سواء كان التاريخ له او للخارج هذا حاصل ما قال شيخ الاسلام وتمام
البيان مر عند قوله وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب
التاريخ الاقدم اولى **قوله** وقع الشك في التلقي من جهته

ذي اليد يعني ان الاحتمال والتردد وقع في نفي الدفع هنا فلا يترجح بينة
ذي اليد لانه لما ارخت بينة ذي اليد ولم يورخ بينة الخارج لم تستيقن بان
يكون الملك للخارج متلقى من جهة ذي اليد لجواز ان يكون الخارج لو وقت
شهوده كان اقدم فاذا وقع الاحتمال والتردد في تضمنه الدفع لم يقبل
بينة ذي اليد مع الشك **قوله** وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما
اي على هذا الخلاف اذا كانت الدار في ايديهما فارخ احدهما دون الاخر عندهما
لا عبرة بالتاريخ وعند ابي يوسف للمورخ **قوله** ولو كانت في يد ثالث فالمسئلة
بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى
وقال محمد الذي اطلق اولى اي ابا حنيفة في قوله والمسئلة بحالها ان احدهما ارخ دون
الاخر قال القدوري في كتاب التقريب وقال ابو يوسف صاحب الوقت
اولى وروي عن ابي حنيفة ذلك وقال خواهر زاده في مبسوطه لم يذكر محمد هذا
الفصل في المبسوط ثم قال وقد ذكر الطحاوي في كتابه خلافا بينهم فقال على قول
ابي حنيفة يقضى بينهما ولا عبرة للتاريخ حالة الانفراد عنده وعلى قول محمد يقضى
للذي لم يورخ وعلى قول ابي يوسف يقضى للمورخ وقد ذكرنا تمام البيان عند قوله وان
اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى وجه قول
محمد ان البينة بالملك المطلق تدل على ملك الاصل الا ترى ان من اقام البينة
على ملك في الجارية استحقها واولادها وملك الاصل اولى من التاريخ وجه
قول ابي يوسف ان صاحب التاريخ اثبت ملكا متقدما فكان اولى لانه اثبت
الملك من ذلك الزمان بيقين والذي لم يورخ يحتمل الاولية والعمل باليقين راجح على المحتمل
كما اذا ادعيا الشراء وارخ احدهما دون الاخر كان صاحب التاريخ اولى وجه قول
ابي حنيفة ان التاريخ ساقط الاعتبار لانه يحتمل عدم التقدم فصار كانهما اقاما
البينة على ملك مطلق ولو كان مطلقا كانت بينهما بخلاف الشراء حيث يترجح المورخ لان
الشراء امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح الاخر سابقا عليه من
زمان

زمان التاريخ لا محالة **قوله** [illegible] **قوله** قال وان اقام
الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى اي
قال القدوري في مختصره وقال ابن ابي ليلى الخارج اولى كذا في شرح الاقطع قال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كانت الدابة في يدي رجل فادعى
رجل انها دابته نتجها عنده واقام البينة على ذلك واقام الذي هي في يديه
البينة انها دابته نتجها عنده يقضي بها للذي هي في يديه واخذنا في هذا بالسنة والقياس
ان لا يقضى لواحد منهما لانهما تعارضا في الاثبات وليس احدهما باولى من
الاخر لكنا تركنا القياس بالسنة وهو ما روى محمد عن ابي حنيفة عن الهيثم
عن رجل عن جابر ان رجلا ادعى ناقة في يدي رجل واقام البينة انها ناقته
نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه قال الخصاف
في ادب القاضي حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثنا ابو معاوية عن داود
ابن هند عن الشعبي عن شريح قال اختصم اليه قوم في مهر فاقام هؤلاء
البينة انه مهرهم نتجوه واقام هؤلاء البينة انه مهرهم نتجوه وهو في يد احدهما
فقضى به شريح للذين هو في ايديهم وقال الاخرون اولى بالشبهة لفظ
الخصاف ومعنى قوله اولى بالشبهة اي بضعف الحجة فكان الفقه فيه ان
احدى البينتين عارضت الثانية فبقيت اليد بلا معارض او يقال بان بينة
صاحب اليد تايدت باليد واليد تصلح مقوية ومرجحة فرجحت بينة صاحب
اليد لحكم اليد وكذلك العبد والامة قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف
بخواهر زاده في مبسوطه اختلف بعض مشايخنا المتاخرون ان القضاء
لذي اليد في النتاج قضاء ترك ام قضاء استحقاق فعلى قول عامة مشايخنا
قضاء استحقاق وعلى قول عيسى بن ابان قضاء ترك وفائدة هذا الاختلاف
يظهر في حق الاستحقاق وعندنا يقضى لذي اليد قضاء استحقاق ولا يستحلف
ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ذو اليد للخارج [illegible] فذلك الحال البينتين

تهاترتا فبطلتا فكانهما لم يقيما البينة اصلا ولو لم يقم البينة فيقضى لذي اليد
قضاء ترك لعدم ما يستحقه الخارج فكذا هذا وانما قلنا بان البينتين تهاترتا
وذلك لان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين على وجه لا تحل الملك بجملة الطلق
له اداء الشهادة وذلك لان المطلق لاداء الشهادة بالنتاج معاينة الولادة
لا ظاهر اليد فعلى قياس ما قاله عيسى يجب ان لا يقبل بينة الخارجين على النتاج
ويجب ان لا يقبل بينة ذي اليد اذا اقامت بعد القضاء للخارج كما في مسئلة
كوفة ومكة متى قضي بشهادة احد الفريقين لا ينقض القضاء بشهادة الفريق
الاخر فكذا هذا ووجه ما ذهب اليه علماؤنا ان القاضي لم يتيقن بكذب
احد الفريقين لانه يحل الشهادة كل فريق بجملة المطلق له الشهادة بالنتاج
بان عاين احد الفريقين الولادة في يد الغاصب ولم يعلموا بكونه غاصبا
في الباطن وكانوا يرونه يتصرف في الدابة تصرف الملاك فحل لهم ان يشهدوا بالنتاج
له والذين علموا الغصب فحل لهم ان يشهدوا للمغصوب منه او عاين احد الفريقين
حقيقة الولادة من هذه الدابة وعاين الفريق الاخر انتاج هذه الدابة الاخرى
والارتضاع من لبنها فاذا وجد القاضي بشهادة كل فريق بجملة المطلق له اداء الشهادة
لا يتيقن بكذب احد الفريقين فيقبل شهادتهما فكانت هذه الشهادة والشهادة
بمطلق الملك سواء فكما لا تتهاتر البينتان ثمة فكذلك ههنا ومتى لم تتهاترا كان قضاء
استحقاق لذي اليد لا قضاء ترك بخلاف مسئلة كوفة ومكة لان المطلق للشهادة
بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق لا طريق للاطلاق
غير ذلك وانه لا يتصور في يوم واحد بكوفة ومكة فكانت احديهما كاذبة لا
بعد كل لك بجملة فيها فتهاترت البينتان يقال نتجت الناقة على ما لم يسم
فاعله نتاجا ونتجها اهلها نتجا كذا في الصحاح قوله ولو تلقى كل واحد منهما الملك
من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه
انما اخذ كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل على حدة واقام كل واحد
منهما

منهما البينة على النتاج عند بايعه صار اقامة البينة على النتاج عند بايعه
كاقامة البينة عليه عند نفسه فكان ذو اليد اولى وقد ذكر هذه المسئلة
تفريعا على ما تقدم قوله ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر
على النتاج فصاحب النتاج اولى وهذا ايضا تفريع وذلك لان دعوى
النتاج دعوى اولية الملك ولا يثبت الملك للاخر الا بالتلقي من جهته
قوله وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى وهذا ايضا
تفريع على مسئلة القدوري وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان بينته على
اولية الملك هذا اذا ادعى احدهما الملك والاخر النتاج اما اذا ادعى
الخارجان فاقام كل واحد منهما البينة انها دابته نتجها عنده فانه يقضى بينهما
نصفين لانه فقد المرجح في حق كل واحد منهما فيعمل بهما بقدر الامكان
فان وقتت بينة احدهما ولم يوقت بينة الاخر وهي مشكل في سنها فنصفان
لانه لا يتكرر فصار التوقيت وعدمه سواء وان وقتا وقتين فان كان
سنها على احد الوقتين قضيت بها لصاحبه لانه ظهر كذب الثانية وان
كانت على غير الوقتين او كانت مشكلة قضيت بها بينهما نصفين لانه لم يثبت
الوقت فصار كما لو لم يوقتا وفي رواية ابي الليث الخوارزمي اذا كان سن الدابة
على غير الوقتين فالبينتان باطلة لانه ظهر كذبهما فلا يقضي بها كذا ذكر شيخ
الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد المعروف بالاسبيجابي
في شرح الكافي قوله والقضاء بالنتاج لصاحب اليد اذا اقام الخارج البينة
على النتاج نقضي له الا اذا نعيدها هنا فالبد وذكر هنا ايضا تفريعا وذلك
في الاصل اذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة على النتاج فقضى بها
لصاحب اليد ثم جاء اخر وادعى انها له وانتجت في ملكه واقام بينة على ذلك فهي له
الا ان يعيدها صاحب اليد البينة وذلك لان الثالث لم يكن مقضيا عليه
ببينة ذي اليد فيسمع بينة الثالث فيكون اولى الا اذا اعاد ذو اليد البينة على

النتاج على الثالث فيترجح بينته باليد **قوله** وكذا المقضي عليه بالملك المطلق
اذا اقام البينة على النتاج يقبل وينقض القضاء وذكر هذا ايضا تفريعا وهذا
لما اذا ادعى الخارج وذو اليد الملك المطلق فاقاما البينة فقضى بها للخارج ثم
اقام ذو اليد البينة على النتاج يقبل لانه نص على الاولية للملك فينقض القضاء
الاول **قوله** قال وكذا النسج في الثياب التي لا ينسج الا مرة اي قال القدوري
في مختصره هذا عطف على قوله وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما
بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى يعني اذا اقاما البينة على نسج ثوب
فيما لا يتكرر **نسجه** كغزل القطن كان ذو اليد اولى لانه لا يتكرر فهو في معنى النتاج
وهو لا يتكرر وكذلك **حلب** اللبن فان اقام كل واحد منهما البينة ان هذا
اللبن **حلب** في ملكه وكذلك اتخاذ الجبن بان اقام كل واحد منهما البينة ان
الجبن له صنعه في ملكه وكذا اتخاذ اللبد والمرعزي بان صنعه في ملكه وكذلك
الصوف اذا اقام رجل البينة انه صوف جزه من غنمه واقام ذو اليد
البينة على مثل ذلك كان ذو اليد اولى وان كان يتكرر **نسجه** كالثوب الخز يقضى به
للخارج وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة وان اشكل عليهم ايضا اختلفت الرواية
وتمام البيان ما قال شيخ الاسلام ابو بكر خواهر زاده في مبسوطه هذا اذا تنازعا
في ملك عين بسبب النتاج فاما اذا تنازعا في ملك عين بسبب النسج فان ادعى
الخارج ان هذا الثوب نسجه واقام عليه البينة وذو اليد ادعى كذلك واقام
البينة فهذه المسئلة لا تخلو من ثلثة اوجه اما ان يكون الثوب ثوبا يعلم
يقينا انه لا يتكرر نسجه ولا شيء كالثوب المتخذ من غزل القطن والابريسم او
ثوبا يتكرر نسجه بيقين كالثوب المنسوج من الصوف والشعر والوبر او كان مشكلا
بين ان يتكرر وبين ان لا يتكرر فان كان الذي وقع فيه التنازع ثوبا علم يقينا
انه لا يتكرر نسجه كان الجواب فيه كالجواب في الدابة ادعيا النتاج لان
كل واحد منهما اقام في الثوب اولية الملك فيه بما لا يتكرر ولا شيء فكان كدعوى
النتاج

النتاج وان كان يعلم يقينا انه يتكرر لم يكن في معنى النتاج فكان بمنزلة ما لو ادعيا
ملكا مطلقا في الثوب فاقاما البينة في مطلق الملك يقضى للخارج لانه يجوز ان
يكون متملكا على ذي اليد بان غصبه من ذي اليد ونقضه ونسجه مرة اخرى
فكان بمعنى دعوى ملك مطلق من هذا الوجه وان كان مشكلا فان اشكل على
القاضي فانه يرجع في ذلك الى اهل الصنعة لقوله تعالى فاسئلوا اهل ان
كنتم لا تعلمون فان قالوا من قبيل ما يتكرر نسجه يقضى للخارج وان قالوا قبيل
ما لا يتكرر نسجه يقضى لذي اليد وان اختلفوا في ذلك حتى بقي مشكلا على
القاضي اختلفت الرواية في هذا الفصل ذكر في رواية ابي سليمان انه يقضى
لذي اليد الحقه بما لا يتكرر نسجه بيقين وذكر في رواية ابي حفص انه
يقضى والحقه بما يتكرر نسجه بيقين وجه ما ذكر في رواية ابي سليمان
ان يد ذي اليد ثابت على الثوب بيقين ووقع الشك في نقضه فلا ينقض بالشك
قياسا على ما لو وقع هذا الاشكال في النتاج بان ادعيا نتاج الدابة مشكل
يجوز ان يكون موافقا لوقت كل واحد منهما ويجوز ان يكون يقضى لذي
اليد لانه وقع الشك في نقضه والدليل عليه ما لو ادعيا الشراء من واحد
والشيء في يد احدهما وارخ الخارج فانه يقضى لذي اليد لان يده ثابت بيقين فلم
يجز نقضه بالشك وجه ما ذكر في رواية ابي حفص ان القياس ان يكون
البينة بينة الخارج في النتاج فانه اكثر اثباتا فانه يستحق الملك الثابت
لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يستحق به شيئا على الخارج الا انا تركنا القياس
بالنص والنص ورد في النتاج فما كان بمعنى النتاج من كل وجه يلحق به ويكون
النص الوارد في النتاج واردا فيه دلالة وما لم يكن بمعنى النتاج من وجه دون
وجه لا يلحق به فيرد الى ما يقتضيه القياس **قوله** والمرعزي وهو الزغب
الذي تحت شعر العنز وكذلك المرعزاء اذا خففت ميمه وان شددت
قصرت وان شئت فتحت الميم وقد يحذف الالف فيقال مرعز كذا ذكره

الجوهري قال ابو علي اسمعيل ابن القاسم ابن عيذون صاحب الاحفض في كتاب
المقصور والممدود في باب ما جاء من المقصور على مثال مفعلى اسما ولم يات صفة المرعزى
مغروف ولم يجي منه غير هذا الحرف **قوله** وهو مثل الخز اي السبب المتكرر في
الملك كالخز فانه ينسج فاذا بلى يغزل مرة اخرى ثم ينسج والخز اسم دابة
في الاصل ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا كذا قال صاحب المغرب وكذلك
الغرس من زراعة الحبوب يتكرر فانه يغرس في موضع ثم يقلع ويغرس ثانيا وكذلك
الحبوب يزرع ثم ينقل فيزرع مرة اخرى **قوله** والعدول عنه بخبر النتاج
يعني ان القضا بينة الخارج هو الاصل لانه القياس لكنا تركنا القياس
بالخبر وهو خبر النتاج وهو حديث جابر الذي بيناه قبل هذا فاذا اشكل حال
الثوب لم يكن الحاقه بالنتاج فرددنا الى الاصل وهو القياس فقضي للخارج
وفي بعض النسخ بخبر النتاج بضم الخاء وتسكين الباء يعني انما عدلنا عن الاصل
وهو القياس بعلم النتاج ومعرفته فاذا اشكل امر الثوب ولم يعلم لم يكن
الحاقه بالنتاج لانه ليس في معناه فرجعنا الى الاصل وهو القضا للخارج
قوله قال فان اقام الخارج البينة على الملك واقام صاحب اليد على الشرا
منه كان صاحب اليد اولى اي قال القدوري في مختصره وذلك لان دعوى
الملك المطلق يدل على اولية الملك فيقتضي ان يكون الملك للخارج اولا والشرا منه
يقتضي تلقي الملك منه ابتداء لان الشرا امر حادث فلا تنافي بين الامرين فيقضى
ببينة ذي اليد فيجعل كان ذا اليد اقر بالملك للخارج ثم اقام البينة انه اشتراه
منه ثم انا قيدنا صاحب اليد لانه اذا اقام كل واحد منهما الشرا على ملك مطلق
كان بينة الخارج اولى عندنا من بينة ذي اليد خلافا للشافعي لانها اكثر اثباتا
والمسئلة معروفة في طريقة الخلاف **قوله** قال وان اقام كل واحد منهما
البينة على الشرا من الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في
يد ذي اليد قال القدوري في مختصره اي ادعى الخارج انه اشتراه من
ذي اليد

ذي اليد وادعى ذو اليد انه اشتراه من الخارج واقام البينة على ذلك تهاترت
البينتان عندهما اي تساقطتا اي بطلا فالمجهد قال شيخ الاسلام خواهر زاده في
مبسوطه اذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من جهة صاحبه كدار
في يد رجل جاء رجل وادعى انه اشتراها من ذي اليد بالف ونقده الثمن وادعى
وادعى ذو اليد انه اشتراها من الخارج بخمسمائة درهم ونقده الثمن واقاما
جميعا البينة على ما ادعيا فانه لا يخلو من اربعة اوجه اما ان لم يورخا
او ارخا وتاريخهما على السوا او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر او ارخا
تاريخ احدهما اسبق فان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا او ارخ احدهما
دون الاخر ففي قول ابي حنيفة وابي يوسف تتهاتر البينتان وتترك الدار في
يد ذي اليد قضا ترك لا قضا استحقاق سواء شهد الشهود بالشراء
والقبض جميعا او شهدوا بالشرا ولم يشهدوا بالقبض وعند محمد تقبل البينتان
جميعا ويقضى بعقدين الا انهم ان شهدوا بالشرا ولم يشهدوا بالقبض فان شراء
ذي اليد يتقدم على شرا الخارج فيجعل كان ذا اليد اشترى اولا من الخارج وقبض
باع من الخارج ولم يسلم اليه فيومر بالتسليم الى الخارج وان شهدوا بالقبض
والشرا جميعا فانه يقدم الخارج على شرا ذي اليد كان الخارج اشترى اولا
من ذي اليد وقبض ثم باع من ذي اليد بعد ذلك من ذي اليد وسلم اليه فيقضى
لذي اليد شراء من الخارج نص على هذا الفصل في الجامع الكبير يعني في البيوع في الباب
الذي **يلقب** بالباب الطويل فاما محمد فذهب لذلك الى ان البينات حجج فيجب
العمل بها ما امكن وانما يمكن العمل بالبينتين اذا تقدم احد الشرائين بعينه على
الاخر الا ترى ان الشهود لو ارخوا وتاريخ احدهما اسبق حتى يثبت تقدم احد
الشرائين بعينه على الاخر فانه يقضى بعقدين وههنا احد الشرائين بعينه
تقدم على الاخر من حيث الحكم والمعنى فيجب العمل بالبينتين كما لو ثبت تقدم احدهما
بعينه على الاخر حقيقة بالتاريخ فاما اذا شهدوا بالشرا ولم يشهدوا بالقبض فلان

الثابت لذي اليد شراء مع القبض بمعاينة والثابت للخارج شراء من غير قبض
فان الشهود شهدت له بمجرد الشرا ولم يشهدوا له بالقبض ولم يثبت القبض بمعاينة
والشراء مع القبض اكد من الشراء من غير قبض فاعتبر شراؤه سابقا على شرا الخارج
بسبب الوكادة فانه لو لم يكن شراؤه سابقا لما تمكن من قبضه واذا ثبت تقدم
شراء ذي اليد من حيث المعنى والحكم كان بمنزلة ما لو ثبت ذلك حقيقة بالتاريخ
ولو ثبت حقيقة بالتاريخ وجب القضا بالعقدين فكذلك هذا وان
شهدوا بالشرا والقبض جميعا تقدم شراء الخارج فان الاقتضا يدل على السبق
والقيام على التاخر فاعتبر شرا الخارج سابقا على شراء ذي اليد بضرب
من المعنى فكان بمنزلة ما لو ثبت حقيقة بالتاريخ وليس كالاقرار فانه تهاتر
البينتان اذا لم يورخا وادعى كل واحد منهما الاقرار من جهة صاحبه لانه لم يمكن
اثبات السبق لاحد الاقرارين بعينه لا بالتاريخ ولا من حيث المعنى اما من حيث
التاريخ فلا اشكال فانهم لم يشهدوا بالتاريخ واما من حيث المعنى بالقبض
بان يجعل الاقرار لذي اليد سابقا تحكما للقبض ولان الاقرار لا يتاكد بالقبض
حتى يجعل القبض دليل السبق من حيث المعنى ولهذا قالوا لو ادعيا الاقرار
من جهة ثالث والشي في يد احدهما واقاما البينة فانه يقضي بينهما نصفين
ولا يترجح ذو اليد بالقبض واذا لم يعتبر اليد دليل السبق في باب الاقرار لم يثبت
سبق احدهما على الاخر بعينه لا من حيث الحقيقة ولا من حيث المعنى
فيجعل كانهما وقعا معا كما في الغرقى والحرقى فلو وقعا معا بطلا والحاكم لم يمكنه اثبات
السبق لاحدهما بعينه لم يمكن العمل بالبينتين فوجب التهاتر بهما واما
ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله في ذلك البيان الشرائين قد ظهر اذا جهل التاريخ
بينهما فيجعل كانهما وقعا معا كما لو ادعيا الشراء من ثالث واقاما البينة ولم
يورخا فلو خلو تاريخهما على السوا جعل كانهما وقعا معا لا انه لو وقعا معا
حقيقة صحا ولم يبطلا فكذا اذا اعتبرا كذلك من حيث المعنى ههنا لو وقعا معا
حقيقة

حقيقة بطلا بان قال احدهما بعت منك وقال الاخر بعت منك وخرج الكلامان معا
بطلا وكذلك اذا اورخ احدهما لانه لا عبرة للتاريخ احدهما في قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله [illegible] على كل واحد منهما الشرا من صاحبه
غير الذي [illegible] صاحبه واذا لم يكن لتاريخ احدهما عبرة صار التاريخ
بعدمه بمنزلة فيجعل كانهما وقعا معا كما في الاقرارين **فاما**
اذا وقتا وقت احدهما اسبق بان اورخ احدهما بشهر
والاخر بشهرين فهذا على وجهين اما ان يكون الخارج هو الاسبق تاريخا او الخارج
ذو اليد فان كان الخارج فهو على وجهين **اما** ان يشهد الشهود بالقبض
لشراء الجميع او شهدوا بالشرا دون القبض فان شهدوا بالشراء والقبض
جميعا فانه يقضي بالعقدين جميعا حتى لو كان العقدان في جنس واحد
ولم يتقابضا [illegible] بالدار للاخر بها تاريخا **اما** القضا بالعقد
فلانه [illegible] تقدم شرا الخارج على شرا ذي اليد بالبينة
والثابت بالبينة كالثابت [illegible] ولو عاينا ان الخارج اشتراه اولا
وقبض [illegible] كما يقضي بالعقدين [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] على شراء ذي
اليد [illegible]
[illegible] الخارج [illegible] اولا ولم يقبض حتى باع بقول
[illegible] العقدين [illegible] الخارج وشرا ذي
اليد [illegible] الخارج لان [illegible]
[illegible] بالدار [illegible] وقضى
[illegible]

بالعقدين حتى لو كان الثمنان من جنس واحد لم ينتقد الثمن تقاصا وعند ك

للقضا بالعقدين متعذر وكان الوثيقة معاينة فانه لو عاينا ان الخارج اشترى

تولاه [illegible] البيد قبل ان يقبض فالمشتري [illegible] البايع [illegible]

الى البايع لا [illegible] المشتري قبل القبض [illegible] عقارا كان او

منقولا فكان القضا بالعقدين [illegible] الثمنان من

جنس واحد ولم ينتقد الا [illegible] المقاصة [illegible] البد

[illegible]

جميعا [illegible] اذا [illegible] بالبينة لذا ذكره [illegible] وزاده في مبسوطه باب

الدعوى في الشهادة والصدقة والوقف في ذلك بابا في التفريع [illegible]

الباب الطويل [illegible] الجامع الكبير **قوله** ولهذا [illegible]

على [illegible] بالملك للبايع [illegible]

[illegible]

قوله [illegible]

قوله [illegible]

قوله [illegible]

قوله [illegible]

اما [illegible]

بالقبض حتى نقضي بالبينتين ويكون للخارج عنده لان الجمع بين البينتين
ممكن لانا نجعلها كان الخارج لاحقا بلزوم البيع قبل القبض فهو لا يجوز
[illegible] **قوله** [illegible]

[illegible] **قوله** [illegible]

[illegible] **قوله** [illegible]

[illegible] **قوله** [illegible]

[illegible]

ذاك

ذلك في النتاج اذا كان فان احد المدعيين لو اقام شاهدين واقام الاخر
اربعة من الشهود فلم يترجح الذي شهد له الاربعة لا شهادة [illegible]
[illegible] تامة للحاكم فلا يصلح مرجحا [illegible]

[illegible] **قوله** [illegible]

نصفها واقامت البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال القدوري في مختصره وقال ابو يوسف ومحمد [illegible]
[illegible] ... اذا كانت الدار [illegible] ... يقسم
[illegible] ... انقطع
[illegible] ... ممنوعة [illegible]
[illegible] ... الخارج ممنوعة على
[illegible]

ديونه

ديونه وكل من له بدل بسبب صحيح فانه يضرب بقدر ما يصيبه [illegible]
وذلك مثل مسئلتنا ومثل الموصى له باكثر من الثلث وقال ابو يوسف
ومحمد يضرب كل واحد بجميع ذلك لاصحاب [illegible]
[illegible] ... ان كل سبب يتعلق [illegible]
من غير انضمام [illegible] ... صحيح [illegible]
[illegible] ... قول ابي حنيفة [illegible]
[illegible]

له نصف صحيح وانما قلنا انه يضرب بكل صاحب الجميع ويضرب صاحب النصف فيكون

بينهما اثلاثا كذا في شرح الاقطع وغيره وقال في شرح الطحاوي وصورة المنازعة

[illegible]

كرخيات

قوله

قوله اشتباه

واضداد

واضداد اي خالفهم ابو حنيفة وصاحباه بالمنازعة فمن النظائر الموصى له

بجميع المال ويسمى عند اجازة الورثة والموصى له بجميع العين مع الموصى له بنصف

تلك العين ومن الاضداد ما نقل الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن كتاب

[illegible]

قوله

على ترجيح القضا ونصفها لا على وجه القضا وهذا لفظ القدوري في مختصره

فذلك لان الدار في ايديهما والبدين لسبب الاستحقاق والتساوي في سبب

الاستحقاق فوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيقضى بنصف لكل واحد منهما

[illegible] النصف الاخر لانه

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

قوله [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

الجميع [illegible] عن النصف

اي [illegible] صاحب النصف [illegible] النصف

[illegible] صاحب النصف [illegible] النصف [illegible] لم يوجد

للدعوى من صاحب النصف في النصف الذي في يد صاحب الجميع فلا قضاء بلا دعوى

فيترك

فيترك في يده ابن يترك النصف الذي في يد صاحب الجميع له لا على وجه القضاء

قوله قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت

عنده ذكر انها نتجت [illegible] احد التاريخين [illegible]

القدوري في مختصره [illegible] قوله [illegible]

[illegible] **قوله** واذا [illegible]

[illegible]

[illegible] **قوله** [illegible]

[illegible] قال [illegible] في شرح الاقطع فان خالف [illegible]

[illegible] قال [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

وقال [illegible] شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه فان

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] **فاما** [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

يقول بان الالف في قوله اوكانت مشكلة زيادة وقعت غلطا من الكاتب
فكانه قال وان كان على غير الوقتين وكانت مشكلة يقضي بينهما نصفين
يكون قوله وكانت مشكلا يغني القول على غير الوقتين يعني على غير الوقتين
على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعني تجوز ان يكون موافقا للوقتين
[illegible] ان يكون مخالفا لهما متى كان مخالفا للوقتين بيقين فانه لا يقضي لهما
[illegible] في البسط [illegible] الانفراد اذا كان [illegible]
الوقتين بيقين [illegible] الكتاب على احد هذين التاويلين كذا
قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه **قوله** [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
والتساوي [illegible] الاستحقاق

فصل في التنازع بالايدي

[illegible] المانع
[illegible]
قوله [illegible]
[illegible]
[illegible]
لو تنازعا [illegible] الاخر [illegible]
[illegible] لاحدهما [illegible]
لا [illegible] شرح الطحاوي [illegible]
[illegible] شرح [illegible] بالدابة [illegible]
[illegible] قال يقضي بالدابة للراكب [illegible]
في كتاب الصلح من شرح الطحاوي نقلا عن نوادر [illegible]

المعلى

المعلى رجلان على الدابة احدهما راكب في السرج والاخر رديف فانه يقضي بها للراكب الذي
في السرج فان كانا في السرج فهي بينهما نصفان فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي
والاجناس ان الدابة بينهما نصفين بما ذكر صاحب الهداية بقوله وكذا
اذا كان احدهما [illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الترجيح [illegible]
[illegible] بينهما نصفين
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible] عن نفسه [illegible]
[illegible]
[illegible] فيقول [illegible]
[illegible]

فقال لا ابالي احمر فالقول قول البائع انه حرهذا لفظ محمد في اصل الجامع

الصغير [illegible] القصا وذلك لان الصغير بمنزلة الثوب والبهيمة فالقول

[illegible] قول صاحب اليد [illegible] اذا كبر وادعى الحرية لم ينقض الاشرا [illegible] بغير

حجة [illegible] نفسه [illegible] كالاسلام وقبول

الهبة ودعوة الحرية [illegible] وكذا الكبير لانه في يد نفسه فلا

[illegible] فيكون القول قوله في دعوى الحرية

قوله [illegible] وقال

[illegible] وصورته في اصل الجامع

الصغير [illegible]

[illegible]

الانسان [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

قوله [illegible] اذا كان

الحائط [illegible] واحد منهما

[illegible]

[illegible] الحائط [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] جميعا

جميعا وقال في الصحاح الحردي من القصب نبطي معرب ولا يقال الهردي

ورايت في نسخة ثقة عتيقة من نسخ مختصر الكرخي [illegible]

وقال صاحب الجمهرة في باب الحاء والطاء والراء [illegible] البصريون

الحردي من القصب فهو نبطي معرب وكذا قال صاحب الديوان [illegible]

الحردي [illegible] الحرادي القصب [illegible] والجاجيبا

والرواية [illegible] الحاكم الشهيد [illegible] الجامع الصغير شرح الطحاوي

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] الحائط

[illegible] واحد فيكون

[illegible]

[illegible] الحائط [illegible] فيكون

الخشبة التي [illegible] الحايط مركبة بالخشبة التي يكون في ذلك الحايط ولان اتصال
التربيع [illegible] البيت [illegible] موضع الخشبة على الجدار لا اتصلنا وضع عليه نقض
[illegible] حايطا حتى [illegible] احدهما [illegible] الا [illegible]
لصاحب [illegible] لا [illegible] الصاحبه [illegible] بالجوار بناء على
الظاهر [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
قوله [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
فاما [illegible]
قوله [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] للحايط [illegible] الا [illegible]
[illegible] الاقرار الحايط لصاحب الخشب [illegible] لصاحب الخشبة
الواحد [illegible] خشبة يعني حق الوضع وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد
منهما

منهما بالجذع خشبة والقياس ان يكون بينهما نصفان وجه ان وضع الخشب
[illegible] فهو بد لكن [illegible] فلا معتبر بالقلة والكثرة [illegible]
اثنان احدهما [illegible] والاخر [illegible] وانما [illegible] القياس لان وضع الخشب
اذا استحق الحايط [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
انتهى [illegible]
على قدر خشبهما [illegible] يكون [illegible]
[illegible] قوله [illegible]
الوضع في رواية كتاب الاقرار قوله وفي رواية لكل واحد منهما [illegible]
خشبته وهو [illegible] كتاب الدعوى والصلح كذا [illegible]
قوله ثم [illegible] الخشب بينهما [illegible] الصلح في رواية
كتاب الدعوى والصلح [illegible] تبل بينهما وقيل على قدر خشبها
وقد مر انفا قوله ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال [illegible]
اولى وههنا نسختان احديهما هذه والاخرى ولو كان لاحدهما اتصال

ايم

للآخر جذوع قيل النسخة الاخرى من الصواب لانها الموافقة لما في
الكتاب [illegible] لانه اراد بقوله وجه الاول الاتصال فينبغي ان يكون
ذكر الاتصال مقدما وعلى النسخة الاولى ينبغي ان يقال وجه الثاني
كذلك **قوله** وجه الاول لان الاتصال هو الثاني فيها ولكن لك
[illegible] بعض [illegible] قال في شرح الاقطع اذا اختلفا في الحائط ولاحدهما
اتصال من احد جانبيه [illegible] ولا شيء عليه [illegible] الاتصال [illegible]
[illegible] بعض [illegible] كتاب الدعوى [illegible] او ذكر الطحاوي
[illegible] الاتصال [illegible] الرواية الاولى [illegible] والاتصال
من جانب [illegible] وصاحب [illegible]
عليها ويتعلق [illegible] وجه الرواية الاخرى [illegible] كما لو
[illegible] صاحب الدار [illegible] وكان الشيخ ابو عبد الله
الجرجاني يقول هذه [illegible] الصحيح فان كان [illegible] الاتصال [illegible]
يكون الحائط [illegible] الحائط [illegible]
كالقبة والازج فان [illegible] يكون اولى من صاحب الاجذاع
واذا [illegible] اتصال التربيع يستحق به الحائط ترك الجذوع على حاله لان صاحب التربيع
استحق الحائط بالظاهر فلا يجوز ان يستحق به [illegible] صاحب الجذوع وليس [illegible]
ان يكون الحائط في الاصل لاحدهما وللآخر عليه الوضع **قوله** وهذه رواية الطحاوي
[illegible] الجرجاني [illegible] صاحب الاتصال من جهة واحدة اولى من صاحب الجذوع
رواية الطحاوي وقال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني هو الصحيح قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي
[illegible] وجه [illegible] قال ابو حنيفة يقضى بالحائط بينهما
ولا يقضى [illegible] وجه الحائط وقالا يقضى بالحائط [illegible] الحائط هذا
اذا [illegible] وقت البناء [illegible] فاما اذا جعل الوجه [illegible] البناء بالنقش
التطيين فلا يستحق به الحائط في قولهم جميعا ولكن الاختلاف فيما اذا تنازعا

في خص

في خص بين الرجلين والقمط لاحدهما قال ابو حنيفة يقضى به بينهما وقالا يقضى به لمن
اليه القمط ولو تنازع عليه [illegible] على حائط [illegible] والغلق [illegible]
ابو حنيفة يقضى بالباب [illegible] وقالا يقضى بالباب لمن [illegible]
غلقان من الجانبين [illegible] قضى بالباب بينهما بالاجماع كذا [illegible]
من شرح الطحاوي **قوله** ولو [illegible]
[illegible] الاخر [illegible] فالساحة بينهما نصفان وهذه مسألة الجامع الصغير وذلك
لانهما استويا في استعمال الساحة [illegible] ووضع الامتعة وكسر الحطب
ونحو ذلك [illegible] لم يكن [illegible] احدهما دون الاخر فكانت بينهما نصفين
كالطريق يستوي فيها صاحب الدار [illegible] وصاحب البيت
بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث [illegible] في مقدار الارض قال في شرح الطحاوي
ولو كان [illegible] والسفل [illegible] الساحة في ايديهما ولم يكن
لهما بينة [illegible] وكل واحد منهما [illegible] صاحب السفل
[illegible] صاحب العلو [illegible] صاحب السفل [illegible]
[illegible] وفي رواية اخرى الساحة بينهما نصفان [illegible] البينة يقضى بالسفل
لصاحب [illegible] وبالعلو لصاحب السفل [illegible] الذي قضى له بالسفل [illegible]
التي قال [illegible] الساحة [illegible] صاحب السفل [illegible] الرواية التي [illegible] يكون بينهما [illegible]
يد هذا الآخر [illegible] لهذا **قوله** قال وان ادعى الخلاف يعني يدعي كل واحد
منهما انها في يده [illegible] لم [illegible] انها [illegible] حتى يقيما البينة انها في ايديهما [illegible]
في كتاب [illegible] الجامع الصغير [illegible] محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في ارض [illegible] رجلان كل واحد منهما يدعي انها في يده [illegible] انها في يد
منها الا ان يقيما البينة انها في ايديهما وان اقام احدهما البينة انها في يده ولم يقم
للآخر البينة جعلتها في يد الذي اقام البينة انها في يده وان اراد قسمتها وقد اقاما
البينة انها في ايديهما لم اقسمها الا ان يقيما البينة انها لهما وكل شيء كان في ايديهما سوى

العقار زعما انه لهما واراد قسمته قسمته الا هنا لفظ محمد انما لم يقض انها في يد
واحد منهما حتى يقيما البينة لان اليد في العقار لا تشاهد والقاضي لا يقضي بما
غاب عن علمه [illegible] البينة انها في يده جعل في
يده وجعل الاخر خارجا لانه توجه دعواهما [illegible] اقاما البينة انها في
ايديهما يقضي باليد لهما لانهما استويا في الحجة فان طلبا القسمة من القاضي فالقاضي
لا يقسمها ما لم يقيما البينة على الملك كل شيء في ايديهما سوى العقار اذا طلبا القسمة
فان القاضي يقسمه وان لم يقيما البينة على الملك من المشايخ من قال ما ذكر ههنا قول
ابي حنيفة اعتبارا [illegible] العقار ايضا يقسم وان لم يقيما البينة على الملك
وجعل هذه المسئلة فرع المسئلة ذكرها في القسمة اذا طلب الورثة من القاضي
قسمة العقار بينهم فانه لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث وعندهما
يقسم من غير اقامة البينة فان كانت مشتراة بايديهما [illegible] ولا دور وطلبا
القسمة فانه يقسمها بينهم عند الكل فظاهر الرواية وان لم يقيموا البينة عند ابي حنيفة
انما كان لا يقسم في الميراث [illegible] بينهما
ويحتمل ان يكون في غير الوراثة لا يقسم احتياطا وعندهما يقسم بين الجميع
ومنهم من قال ما ذكر ههنا قول الكل لا يقسم لان القسمة نوعان قسمة لحق
الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج
الى الحفظ فان لم يثبت الملك لا يقسم حتى لو كان في ايديهما شيء سوى العقار يقسم من غير اقامة
البينة لانه سوى العقار محتاج الى الحفظ والصيانة **قوله** لما فيه من الاشارة الى
قوله لقيام الحجة **قوله** وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده
رضوية المسئلة في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الارض يدعيها
اثنان رجلان كل واحد منهما يدعي انها في يده [illegible]
او حفر فيها او بنى فيها قال هي في يد الذي احدث فيها اللبن او الحفر او البناء وذلك
لان هذا الفعل استعمال للارض ومن ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالركوب
على

في الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

باب دعوى النسب

لما فرغ عن بيان دعوى المال شرع في بيان دعوى
النسب وقدم الاول [illegible] وقوعه **قوله** واذا باع جارية
فجاءت بولد [illegible] لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن
البائع [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **اعلم**
[illegible] **اما**
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
من [illegible]
ولد [illegible]
من وقت العلوق [illegible] الدعوة [illegible]
[illegible]
[illegible]
العلوق [illegible] حقيقة الاستيلاد [illegible]
العلوق [illegible] **اعلم** ان الجارية
او المشتري اذا ادعى ولد الجارية المبيعة فلا يخلو اما ان جاءت به لاقل من ستة
اشهر من وقت البيع او لستة اشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين من وقت البيع او

اوجاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك او لم يعلم وكل جنسي

لا يرجع الثالث على الاربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري او ادعاهما

جميعا [illegible] على التعاقب فان جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر وقد علم ذلك فادعا

البائع [illegible]

[illegible]

[illegible] اقرارا محضا على الغير فلم يعتبر هذا الادعا على البائع لا غير فان ادعى المشتري

وجله

وجله [illegible] لان دعوة المشتري تحرير حتى كان للمشتري ولا على

[illegible]

[illegible]

ايضا [illegible] دعاة البائع لا يصح الا بتصديق المشتري [illegible]

[illegible] لستة اشهر لا يصح [illegible] تصديق [illegible] احتمال [illegible]

او الى ان لا يصح [illegible] تصديقه لانه لا يحتمل العلوق في ملكه اصلا وان
صدقه المشتري صحت الدعوة وثبت النسب على الاجنبي الا انه لا ينتقض
البيع [illegible] الجارية ام ولد له ويبقى الولد عند المشتري [illegible]
من البايع وان ادعياه معا او سبق احدهما صاحبه صحت دعوة المشتري لانه
البايع [illegible] وهذا الذي ذكرنا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع فاما
لم يعلم انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر او لسنتين او اكثر فصاعدا او ما بينهما او
بين سنتين فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فان ادعاه البايع فانه لا يصح دعوته
الا ان يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري صح لانه ان كان
من البايع كان علوقه [illegible] الولد في ملك البايع لاقل من ستة اشهر [illegible]
[illegible] دعوة المشتري وان سبق احدهما صاحبه [illegible]
صحت دعوته وان سبق البايع ثم ادعى المشتري لا يصح [illegible]
الشك في اثبات النسب [illegible]
منهما ويكون الولد عبدا للمشتري [illegible]
لانه ان كان لاقل من ستة اشهر لم يثبت النسب من المشتري [illegible] البايع وان
كان لستة اشهر او لاكثر من سنتين [illegible] البايع [illegible]
يثبت مع الشك وهذا عندنا وعند ابن ابي ليلى [illegible] لانه لما وقع الشك
كان الاثبات اولى [illegible] من الاحتياط [illegible]
قوله وان ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع [illegible]
هذا لفظ القدوري [illegible] قوله وان جاءت به لاكثر من سنتين
من وقت البيع لم تصح دعوة البايع [illegible] قوله
وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع ولاكثر من سنتين [illegible]
البايع فيه الا ان يصدقه المشتري في قدر البيان انما قوله فان مات الولد
فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام

لفظ القدوري

لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع على هذا لو اعتق المشتري
او دبره [illegible] حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ لا تجوز فسخ
[illegible] واذا [illegible] ما لا يلحقه الفسخ بطلت الدعوة و
يثبت [illegible] اثبات النسب [illegible] الحقوق
[illegible] لم يثبت الاستيلاد لانه فرع النسب
[illegible] قال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي اعتق الولد
او دبره او قتل عنده فاخذ قيمته ثم ادعاه البايع لم يصدق في ذلك لانه
بطلت [illegible] الدعوة [illegible] النسب [illegible] مقصود بعد الوفاة وكذا
العتق والتدبير [illegible] لا يحتمل النقض فتعذر تصحيح الدعوة في الولد و
[illegible] لم يصح في حق الام لانها تابعة الا اذا [illegible] المشتري
على ذلك [illegible] لم يبطل [illegible] قطعت يده فاخذ المشتري
[illegible] البايع [illegible] الدعوة ورد البايع فاقيمت
[illegible] لانها صارت مقصودة بالقطع [illegible]
عنها فلا [illegible] وكذلك لو كان القطع في الام وكذلك لو كان
[illegible] الولد [illegible] المشتري واخذ قيمته ثم ادعاه البايع [illegible]
[illegible] ويرجع [illegible] على المشتري بالقيمة [illegible]
[illegible] في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
[illegible] في مقابلة [illegible]
[illegible] النقصان
النقصان [illegible] قوله وان [illegible]
[illegible] فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب [illegible]
الولد [illegible] البايع هذا لفظ القدوري في مختصره [illegible] ورد الثمن كله
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام

وفي ذلك لان الولد لم تعتق فيه ما لا يلحقه الفسخ فصحت الدعوة فيه والام قد

وجد فيها ما يلحقه الفسخ فلم يؤثر الدعوة فيها ولان الثمن يتجزأ فيفود عن

[illegible]

في حق الام لما اعتقها المشتري وانما يصح في حق الولد لا يلزم رد الثمن حصة الام [illegible]

لانهما استويا في الموت والعتق في حق الولد فينبغي ان يستويا في حق الام الا ترى انه لا يصح دعوة

البايع بعد موت الولد كما لا يصح دعوته بعد اعتاق المشتري لم ادعوه البايع الولد لا يصح

حق

حق الام اذا كان اعتقها المشتري وكذا ان كان دبرها ابو حنيفة يقول بصيرورة الجارية ام ولد

من احكام [illegible] الولد لان صيرورتها تبع [illegible]

[illegible]

العصابات [illegible] وكذلك ذكر الطحاوي

بالكرخي [illegible] وكذلك ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير

كذلك ذكر شمس الائمة البيهقي في **الشامل** والكفاية الا ترى ان بعد ما قال

في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشتري الجارية فتلد عنده
ولدا وقد كان اصل الحبل عند البايع واعتق المشتري الام ثم ادعى البايع الولد
قال هو ابنه ويرد على حصته من الثمن وان كان المشتري [illegible]

[illegible]

لا [illegible] الولد قلت [illegible] الثمن [illegible]
ولكن اذا ثبت ابنية الولد ولم يثبت في صورة اعتق الام [illegible]
من ضرورات ثبات النسب لجواز الانفصال اي في ولد المغرور قوله وجه الفرق
اي بينهما

ان [illegible] اذا اعتق المشتري الام ولم يعتق الولد حيث يكون دعوى البايع صحيحة
في حق الولد خاصة [illegible] الى المشتري [illegible]

[illegible]

[illegible] بايعا مرد عوة البايع [illegible]
ان الحرية [illegible] وقد ثبت له بعض اثار الحرية اي ثبت بالتدبير [illegible]
من ملك [illegible] ملك بالبيع ونحوها وذلك من اثار الحرية قوله وقوله في الفصل

الاول يرد عليه حصته من الثمن قولهما وعنده يرجع بكل الثمن هو الصحيح [illegible]

[illegible]

قوله [illegible]

[illegible]

اذا قامت البينة ان [illegible] ما كان عتقها بقبل [illegible]

[illegible] قوله ينقض البيع [illegible]

من حق الدعوة قوله وكذلك اذا كاتبه او رهنه او اجره او كاتب الام [illegible]

او زوجها ثم كانت الدعوة يعني وجدت دعوة البايع بعد وجود هذه الاشيا من المشتري

يصح

كانت

يصح و ينقض هذه الاشيا لانها تحتمل النقض بخلاف ما اذا ادعى البايع [illegible]

ادعى المشتري [illegible] لا يصح ودعوة البايع [illegible]

[illegible]

قوله [illegible]

قوله [illegible]

اما [illegible]

قوله [illegible]

[illegible] قوله [illegible]

[illegible] لانه لم [illegible]

[illegible]

الثابتة في الذي باع [illegible] هذا يكون اعراب [illegible] الاصل [illegible]

حقه فاما في الصورة الثالثة فوجه قولهما ان اقرار المولى بطل بتلذيب العايب

بجحوده وعند [illegible] ولو انعدم الاقرار اصلا صحت دعوة المولى [illegible]

[illegible]

الدعاة يقبل دعواه لان الانسان قد لا يدعي الولد [illegible] فاذا [illegible] عاد

[illegible] الدعوى احماء النسب على الغير لا يكون الا اذا تيقن انه ليس منه فاذا ادعى بعد ذلك

المرتد [illegible] وتجوز ان يكون منصوبا على الاختصاص بسبيل المدح [illegible] قوله [illegible]

[illegible]

[illegible] وكذلك لو ادعى المكاتب او رهنه [illegible]

[illegible] لان المقر اوجب للغايب حق التصديق فليس له ان يبطل

حقه

منا منى لم يقبل قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وكذلك من شهد على رجل
بنسب صغير فردت شهادته بفسق ثم ادعاه الشاهد لم يصح وكذلك
او [illegible] بشهادة [illegible] على [illegible] يقول [illegible]
لان ذلك على قول ابي حنيفة لا قول [illegible] شيخ الاسلام الا
الاسبيجابي في شرح الكافي بقوله وعلى هذا الخلاف اذا شهد ابن فلان
فلم تقبل [illegible] الشهادة على نفسه لا يقبل عند ابي حنيفة خلافا
لهما [illegible] الاسبيجابي **واما** مسئلة الولاء فعلى الاختلاف وليست
حجة على قول ابي حنيفة لانه لا يتحول الولاء [illegible]
الحاكم الشهيد في كتاب الولاء [illegible] قران فلا [illegible]
[illegible] فقال [illegible] العتق [illegible]
[illegible] ذلك قول ابي حنيفة بمنزلة النسب [illegible]
[illegible]
قوله [illegible] الاتفاق [illegible] لا يرد [illegible]
لانه [illegible] اشارة الى قوله لا يحتمل
الى [illegible] الولاء على الاتفاق [illegible]
[illegible] على الخلاف وذكر في كتاب الولاء
الاتفاق [illegible] فينفع [illegible] الولاء [illegible]
باعتراضها [illegible] الولاء [illegible]
لان [illegible] ولدت له اولادا [illegible] الاسلام معتقه
كان [illegible] العتق [illegible] هنا على
الولاء [illegible] البايع [illegible] المشتري فبطل
الولاء [illegible] بعد ثبوته فلم يبطل ولم يصح دعوى المولى
[illegible] **قوله** على ما مر اشارة الى قوله ان النسب [illegible] الاحتمال

النقض

النقض **قوله** وهذا يصلح مخرجا على اصله اي اقرار البايع بنسب [illegible]
معتق لعبد الغايب يصلح مخرجا على اصل ابي حنيفة اي حيلة [illegible]
دعوة البايع لانه لا يرد عليه على جميع التقادير **قوله** قال واذا كان
الصبي في يد مسلم ونصراني [illegible] وقال المسلم هو عبدي
هو ابن النصراني [illegible] في الجامع الصغير [illegible]
[illegible]
[illegible] والنسب [illegible] التقديم والسبق [illegible] الترجيح
[illegible] دعوى النسب [illegible] دعوى المسلم [illegible]
الاسلام [illegible] لانا نقول [illegible] للترجيح
[illegible]
[illegible] الاسلام
[illegible]
[illegible] بالاسلام
قوله لان الاسلام يرجح [illegible] **قوله** ولو
كانت دعوتهما [illegible]
قال [illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible] دعواهما [illegible] امراة على [illegible] قال في الجامع الصغير قال صاحب
[illegible] يكون المراة ذات زوج وانكر الزوج [illegible]
[illegible] النسب على الزوج [illegible]
النكاح ولكن [illegible] اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة
لا يثبت الولادة ولا يعتبر الولد الا بحجة وشهادة القابلة حجة [illegible]
الولادة مما لا يحضرها الرجال فقبلنا قول النساء فيها في اثبات الولادة

ويعتبر الولد التام المنسوب على الزوج لان النسب له كذا قاله الواني شرح الجامع الصغير

وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في كتاب الدعوى من المبسوط في باب دعوة الحبل المراة تقر بالصبي انه ابنها انها لا تصدق الا بحجة فان شهد بذلك القابلة ثبت النسب [illegible] لم يكن في منازع اما اذا كان ثمة منازع بان ادعت [illegible] والرجل [illegible] فانه لا يثبت ذلك بشهادة القابلة [illegible] لا يثبت [illegible] عند الحاصل [illegible] على الرجل وانه لا يثبت عندهم جميعا الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين [illegible] امراة اخرى ذكره في [illegible] كتاب المحيط واختلفت الرواية فيه في جامع [illegible] وكانها [illegible] سليمان يقضي [illegible] بشهادة [illegible] واحدة [illegible] امراة واحدة [illegible] لا يقضي [illegible] **قوله** ولو كانت [illegible] اذا كانت منكوحة اما اذا لم يكن [illegible] ولكنها [illegible] المرجل [illegible] بشهادة رجلين او رجل وامراتين الا ان يكون هناك [illegible] او اعترف [illegible] الحبل [illegible] بشهادة [illegible] وقال ابو يوسف ومحمد [illegible] بشهادة امراة واحدة [illegible] **قوله** وان كان لها زوج فزعمت انه ابنها [illegible] لم يثبت [illegible] اعتقتها الا [illegible] الشهادة [illegible] اقرار الزوج فلا [illegible] المراة اذ ليس [illegible] النسب على الغير [illegible] دعوتها [illegible] وهذه من مسايل الجامع الصغير **قوله** وان كان الصبي في ايديهما [illegible] انه ابنه من غيرها وزعمت المراة انه ابنها من غيره فهو ابنهما وهذه من مسايل الجامع

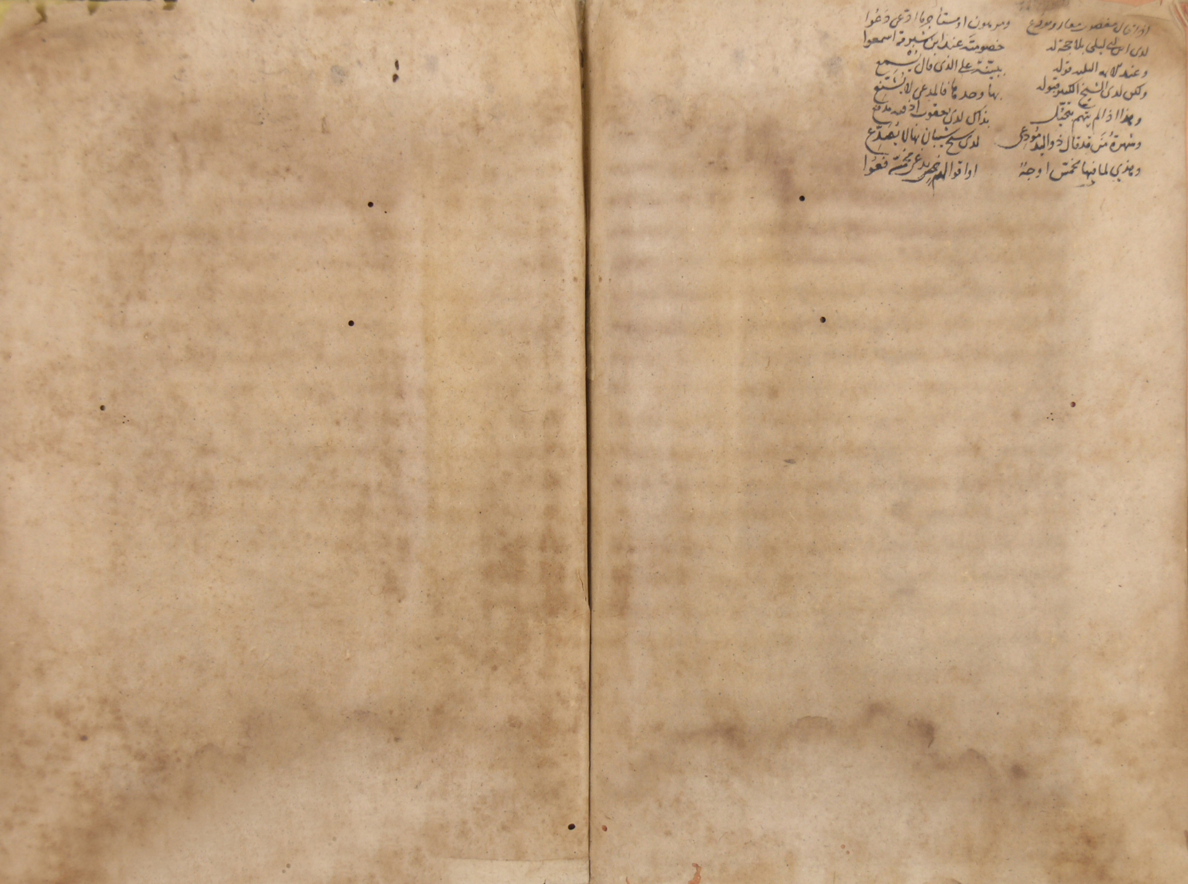
الصغير

الصغير اي زعم الزوج انه ابنه من امراة له اخرى وزعمت المراة انه ابنها من زوج اخر فكان ابنهما لان الولد لما كان في ايديهما كان الظاهر انه منهما [illegible] احدهما [illegible] حق الاخر ولا يصدق [illegible] في [illegible] او [illegible] كل واحد منهما [illegible] بينهما [illegible] كل واحد منهما [illegible] حقه [illegible] نصيب [illegible] ولان الغلام لا يعبر عن نفسه [illegible] الغلام انها [illegible] كذا في شرح الطحاوي **قوله** [illegible] اشترى جارية [illegible] بجل غرم الاب قيمة الولد يوم [illegible] قال في الجامع الصغير في كتاب القضاء [illegible] في الرجل اشترى من رجل جارية [illegible] استحقها رجل قال يغرم الاب للمولى قيمة الولد يوم [illegible] الولد فان مات [illegible] ولا شيء على المشتري فان جا [illegible] مات الولد [illegible] فلا شيء على الاب وان قتل الولد فاخذ الوالد [illegible] الصغير والاصل في ذلك ان ولد [illegible] الصحابة رضي الله عنهم كذا ذكره ابو بكر الرازي [illegible] كتاب النكاح قال لا خلاف بين الصدر الاول [illegible] ان ولد المغرور [illegible] لا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب [illegible] الغلام [illegible] والجارية بالجارية [illegible] على الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي ابن ابي طالب [illegible] قيمتها واليه ذهب اصحابنا [illegible] ابي بكر الرازي [illegible] المغرور [illegible] امراة [illegible] غير او نكاح على انها حرة ثم يستحقها رجل بالبينة على انها امة وولدها حر بالاجماع

الصحابة روي ذلك عن عمر وعلي وعثمان وغيرهم من الصحابة فحل محل الاجماع بيانه
انما روي [illegible] في الاصل في كتاب الدعوى عن ابي يوسف عن محمد بن اسحق
عن [illegible] قال [illegible] فانت [illegible] قبايل العرب [illegible]
[illegible] قبايل العرب [illegible]
جا[illegible] مولاها الى عمر بن الخطاب [illegible] فقضى [illegible] وقضى على ان الغلام
[illegible] بالغلام والجارية بالجارية قال شيخ الاسلام علي [illegible]
الاسبيجابي في شرح الكافي [illegible] من النكاح [illegible] مولاها [illegible]
بوصف الفساد وافاد [illegible] الولد المغرور [illegible] عن الشعبي ان رجلا
اشترى جارية من رجل [illegible] فاستحقها رجل [illegible] الى علي بن ابي طالب
فقضى بالجارية لمولاها وقضى [illegible] على البايع [illegible]
باع [illegible] سلامة الولد [illegible]
الملك يستحق النظر و مستحق الجارية [illegible]
الاشكال [illegible] في صورة الولد [illegible]
القيمة [illegible] حق المستولد [illegible] حق المستحق [illegible]
بالمنع ولهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة [illegible] الخصومة لانها
وان مات الولد قبل الخصومة لا يغرم شيئا [illegible] اعلم ان ولد المغرور
انما يكون حرا بالقيمة اذا كان [illegible] التزوج
يكون ولده عبدا للمستحق [illegible] قال
ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير وفي قول الشافعي
يجب عليه قيمته يوم الولادة [illegible]
ثم ان جاء المستحق بعد ما مات الولد وترك عشرة الاف درهم ورثها ابوه
[illegible] الى المستحق المستولد لا يغرم الاب قيمة الولد لانه لم [illegible]
الولد [illegible] الميراث [illegible] يكون [illegible] منعه [illegible] الولد ولو قتل الاب
الولد

الولد يغرم قيمته للمستحق لانه منعه منه وكذا لو قتله غيره واخذ
ديته يضمن قيمته لان سلامة البدل كسلامة الولد [illegible] للمنع [illegible]
[illegible] من القاتل لا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد [illegible]
[illegible] قاضي خان [illegible] شرح الجامع الصغير قال ابو بكر الرازي
في شرح مختصر الطحاوي ويغرم الواطي العقر للمستحق لانه وطي ملك الغير
بشبهة ولا يرجع بالعقر على الغار لان الوطي [illegible] منها
[illegible] لنفسه فلا يرجع به على غيره [illegible] لم يرجع على غيره
قال شيخ علي الدين الاسبيجابي في شرح الكافي [illegible] الامة [illegible] رجلا
فاخبرته انها حرة وتزوجها على ذلك بنكاح صحيح [illegible] او فاسد وولدت
[illegible] اقام مولاها البينة انها امته فقضى بها له فانه يقضي بالولد ايضا للمولى
الجارية الان يقيم الزوج البينة انه تزوجها على انها حرة فان اقام البينة على
ذلك جعلت الولد حرا ولا سبيل عليه ثم قال وضع المسئلة فيما اذا لم يتزوجها
على هذا الشرط [illegible] حيث [illegible] خبرها
فاما اذا شرط ذلك عند العقد يصير الزوج مغرورا ويكون ولده حرا ولا سبيل
عليه وجعلت على ابيه قيمته يوم قضي به له دينا [illegible] الولد
كذا في كتاب الدعوى في باب الغرور قوله ويرجع بقيمة الولد على بايعه كما
يرجع بثمنه اي يرجع الاب اذا استحقت الجارية بقيمة ولدها على الذي باعها
منه لان البايع ضمن له سلامة الولد [illegible] يرجع بثمنه لو كان مبيعا فاستحق
ولكنه لا يرجع بالعقر عليه عندنا خلافا للشافعي لان ضمان لزمه بسبب
[illegible] سلامة المستحق بالعقد فيرجع عليه به كما يرجع بقيمة الولد
[illegible]نا ان العقر انما وجب لاستيفاء منافع البضع فلو رجع به لزم سلامة
[illegible] مستوفا للواطي مجانا وذلك ليس بمشروع وقد [illegible] كتاب الدعوى في
الجامع الصغير [illegible] واذا قالت المراة انا [illegible] ولدها [illegible] ان استحلاف

الرجل ليس لها ذلك في قول ابي حنيفة رضي الله عنه خاصة لان الام مثبته
الولد تابع للنسب ولا يرى الحكم في النسب والله اعلم هذا اخر الدفتر
الثاني عشر من كتاب غاية البيان شرح الهداية من نسخة السواد الذي
وقع عليه خط يده وقت التصنيف وفرغت عنه بعون الله تعالى ببغداد في
الحادي والعشرين من جمادي الاخر من سنة احدى واربعين وسبعمائة
ويتلوه في الثالث عشر كتاب الاقرار ان شاء الله تعالى حرره العضيف الشارح
ابو حنيفة امير كاتب ابن امير عمر العميد المدعو بقوام الفارابي الاتقاني غفر الله
له ولوالديه ووقع الفراغ عن هذه النسخة يوم الاربعاء خامس عشر من رجب
الفرد من سنة اربع وتسعين وسبعمائة



او ان كان مغصوب معار ومودع | ومرهون او مستأجر ما ادعى دعوا
لدى ابن ابي ليلى بلا حجة له | خصومته عند ابن شبرمة اسمعوا
وعند [illegible] قوله | ببينة على الذي قال يسمع
ولكن لدى الشيخ الكبير قبوله | بها وحدها فالمدعى لا ينتفع
وهذا اذا لم يتهم بتحيل | بذاك لدى يعقوب اذ فيه مدفع
وشهرة من قد قال ذو اليد مودع | لدى شيخ شيبان بها لا يندفع
ويدعى لما فيها مخمس اوجه | او اقوال لم يجر بدعوى مخمسة فعوا

المسعود كالهم لعمال الدال في سماء اللدن وكم [illegible] بلده [illegible] حال [illegible] لكن المستقر المراد الفسيح بهجة الطالبين

بركة الملوك والسلاطين [illegible] بل لانه النجل لا زح في ابه [illegible] في محافل الاماثل ببيانه

والعالم الذي لم يكن يوجد له مضاهي في الوجود اوسع نبيلة [illegible] اذا نطق خلته او من مزامير آل داود

قد نشأ في بحر البلاغة وارتضع درها والتقط من فرائدها ونظم من دررها واقر له الفصحاء سحبان وائل

وعاد قس الفصاحة عنده باقل واخذ من كل فن بالحظ الوافر وقال من عاينه كم ترك الاول للآخر فاهيك

به من خطيب يقول من شاهده اذا رقى المنبر ضم خطيبا او فصيح طيب فزين بافادته الدارس واطلع كواكب علومه في

مطالعها واحيا من قلوب الطلبة بنشر فضائله مواتها علما انه يتوقد من الفطنة والذكاء ويفعل لعقد ان جسمه

ما يفعله بالنجم الذكاء

تراه من الذكاء نحيل جسم ۔ عليه من توقده دليل

اذا كان الفتى ضخم المعالي ۔ فليس يضيره الجسم النحيل

لا جرم انه استحق الترقي الى اعلا المراتب العلية وحصل له على ابناء جنسه المزية فليباشر هذه الوظائف

مباشرة تسفر عن المحاسن النقاب وتبرز عرائس الفضائل في احسن جلباب وليصدع على المنابر

ببلاغته ويشنف الاسماع بتلاوته ويزين محافل العلوم بنشر فضيلته وينهى بمواعظه عن هوى النفس

وليواظب على الخمس وتقوى الله تعالى ليتمسك في سائر الاحوال ليحمد المنقلب والمآل علما انه غني عن التكثير

اذ لا ينبئك مثل خبير والاولى بعيد عن سبر الامر عليه يسير له بالاجابة جدير والحظ الكلم العالي حجة